

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/9/19 99/09/0258

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.09.2001

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 iIdF 1997/I/078;

AuslBG §28a Abs3 idF 1995/895;

VStG §9 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Flendrovsky, über die Beschwerde des Sch in W, vertreten durch Dr. Peter Zöllner, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Rathausplatz 8, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 12. Oktober 1999, Zl. UVS-07/A/28/00289/99, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 12. Oktober 1999 wurde der Beschwerdeführer der Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) dahingehend schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B GesmbH mit Sitz in W zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 9. September 1997 in der von ihr in W, S-Gasse 5 geführten Gastgewerbebetrieb einen namentlich genannten Ausländer als Aushilfskraft (u.a. mit dem Abwasch hinter der Schank) ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen beschäftigt habe. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde er nach dem ersten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG mit einer Geldstrafe in der Höhe von S 15.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage) und Kostenbeitrag bestraft.

In seiner Berufung hatte der Beschwerdeführer lediglich die Beschäftigung des Ausländers bestritten und sich auf das Vorliegen einer internen Aufgabenteilung, nach der nur Frau M. B. für den Abschluss von Dienstverträgen sowie die

Einstellung von Personal verantwortlich sei, berufen.

Die belangte Behörde entgegnete dem Beschwerdeführer hierauf im Wesentlichen, nach den - wörtlich wiedergegebenen - Aussagen der in der mündlichen Berufungsverhandlung vernommenen Zeugen nehme sie es als erwiesen an, dass die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer er sei, in dem von dieser betriebenen Lokal zumindest am 9. September 1999 den genannten Ausländer als Aushilfe beschäftigt habe und für diesen weder eine Beschäftigungsbewilligung, ein Befreiungsschein oder eine Arbeitserlaubnis vorgelegen sei. Der Ausländer habe am fraglichen Tag hinter der Schank ausgeholfen und die Musikanlage bedient. Sodann legte die belangte Behörde ihre Erwägungen zur Beweiswürdigung dar und kam zu dem rechtlichen Schluss, der Ausländer habe Arbeitsleistungen erbracht, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis erbracht würden und der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft zugute gekommen seien. Damit sei diese Arbeitgeberin. Dass ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei, sei vom Beschwerdeführer nicht behauptet worden, ein Entgeltanspruch ergebe sich unmittelbar aus § 29 AuslBG. Es komme auch nicht auf das Vorliegen einer vertraglichen Beziehung an, weil nicht einmal das Bestehen einer Rechtsbeziehung oder deren Bezeichnung, sondern nur das wirtschaftlich Gewollte ausschlaggebend sei. Liege die Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilde, komme das AuslBG zur Anwendung. Eine wirksame Übertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Sinne des § 28a Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 2 und 3 VStG liege mangels Anzeige beim Arbeitsinspektorat und Nachweises der Zustimmung des Bestellten nicht vor. Weiters handle es sich bei der inkriminierten Verwaltungsübertretung um ein Ungehorsamsdelikt, bei welchen es dem Beschuldigten obliege, sein mangelndes Verschulden darzutun. Dies habe er jedoch nicht getan, zumal die bloße Erteilung von Weisungen ohne Vorliegen eines Kontrollsystems zur Überprüfung deren Einhaltung ein Verschulden zumindest in Form einer Fahrlässigkeit nicht ausschließe. Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch die angefochtenen Bescheide in seinem Recht auf "umfassende Erhebung des dem Verfahren zugrundeliegenden Sachverhaltes" verletzt. Er macht geltend, es sei Frau M. B. aufgrund einer internen Aufgabenteilung für die Anstellung von Personal verantwortlich gewesen, er habe den Ausländer nicht "beschäftigt". Bei einem Beschäftigungsverhältnis müsse jedenfalls eine Rechtsbeziehung bestehen, da eine solche nicht vorgelegen sei, habe auch ein Beschäftigungsverhältnis nicht vorliegen können. Auch sei unrichtig, dass der Beschuldigte für das Vorliegen einer Unentgeltlichkeit beweispflichtig sei, woran auch § 29 AuslBG nichts zu ändern vermöge. Auch liege kein Verschulden vor, da er sich auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch die von ihm betraute M. B. habe verlassen dürfen. Er habe zwei bis dreimal wöchentlich Kontrollen durchgeführt, die das Vorliegen von "Schwarzarbeit" nicht zutage gebracht hätten. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens sieht der Beschwerdeführer auch darin, dass die belangte Behörde den von ihm namhaft gemachten Zeugen nicht einvernommen habe, in welchem Falle sich herausgestellt hätte, dass "manchmal unter tags, wenn Kellner die Abrechnung durchführten, das Lokal reinigten oder die Waren übernommen haben, Personen in das Lokal kamen, um mit ihnen zu reden oder auch einen Kaffee zu trinken".

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Als Beschäftigung gilt gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG in der für den Beschwerdefall maßgeblichen Fassung der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Nach § 2 Abs. 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach § 3 AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 201/1996 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 ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 78/1997 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlungen 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 Geldstrafen von 10.000 S bis zu 60.000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20.000 S bis zu 120.000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20.000 S bis zu 120.000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40.000 S bis zu 240.000 S.

Der § 28a Abs. 3 AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. 1995/895 lautet:

"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."

Gemäß § 29 Abs. 1 AuslBG stehen einem Ausländer, der entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt wird, gegenüber dem ihn beschäftigenden Betriebsinhaber für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages zu.

Für die Einhaltung der Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, deren Übertretung dem Beschwerdeführer angelastet wird, ist nach den Bestimmungen dieses Gesetzes der Arbeitgeber und nur dieser haftbar.

Im Beschwerdefall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer das gemäß § 9 Abs. 1 VStG nach außen vertretungsbefugte und damit verwaltungsstrafrechtlich haftbare Organ der Arbeitgeberin ist. Er beruft sich aber auf die Bestellung einer verantwortlichen Beauftragten im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG. Das AuslBG umschreibt den Begriff der Beschäftigung in § 2 Abs. 2 leg. cit. durch eine Aufzählung der darunter fallenden (Rechts-) Verhältnisse (Arbeitsverhältnis, gewisse arbeitnehmerähnliche Verhältnisse und die Überlassung von Arbeitskräften) und knüpft dies an deren "wahren wirtschaftlichen Gehalt". Dass der betretene - und schon vor der Kontrolle beobachtete - Ausländer Tätigkeiten verrichtete, die typischerweise in Arbeitsverhältnissen geleistet werden, wurde von der belangten Behörde auf Grund eines mängelfreien Verfahrens und als Ergebnis ihrer Beweiswürdigung angenommen. Dabei hat die belangte Behörde auch die Bedeutung der mangelnden Entgeltsvereinbarung zutreffend unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 29 AuslBG beurteilt.

Insoweit der Beschwerdeführer in Wahrheit diese Beweiswürdigung der belangten Behörde zu bekämpfen sucht, ist ihm aber entgegenzuhalten, dass die Beweiswürdigung ein Denkprozess ist, der nur insofern einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorganges handelt bzw. darum, ob der Sachverhalt, der in diesem Denkvorgang gewürdigt wurde, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden ist. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt daher der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes, nicht aber deren konkrete Richtigkeit (vgl. dazu die in Dolp, Die

Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>3</sup>, S. 549 ff abgedruckte hg. Judikatur). Die Beschwerdeausführungen lassen Zweifel an der Schlüssigkeit der von der belangten Behörde detailliert dargelegten Erwägungen zur Beweiswürdigung nicht aufkommen. Dass der Beschwerdeführer diese Beweiswürdigung für unrichtig hält, bedeutet jedenfalls noch keinen relevanten, vom Verwaltungsgerichtshof wahrzunehmenden Mangel derselben (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 10. Februar 1999, Zl. 97/09/0197). Daran vermag auch die unterbliebene Einvernahme des vom Beschwerdeführer beantragten Zeugen nichts zu ändern, weil das Thema, zu dessen Beweis dieser Zeuge namhaft gemacht worden war, für die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Ausländers irrelevant gewesen wäre.

Der Beschwerdeführer hat weder im Verwaltungsstrafverfahren noch in der Beschwerde jemals die Behauptung auf- oder unter Beweis gestellt, es seien die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 bzw. des § 28a AuslBG vorgelegen. Die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragen wirkt erst ab dem Zeitpunkt, zu dem dem zuständigen Arbeitsinspektorat die Zustimmung der zum verantwortlichen beauftragten bestellten Person nachgewiesen wird, erst mit dem Einlangen des Zustimmungsnachweises tritt der 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 Übertretung stammender - Zustimmungsnachweis eines derartigen verantwortlichen Beauftragten eingelangt sein. Das bedeutet, dass 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). Beweispflichtig für das Zustandekommen eines solchen Beweisergebnisses schon vor Begehung der Tat ist der Beschuldigte (vgl. etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. September 1991, Zl. 91/09/0067). Im Beschwerdefall erweist sich mangels derartiger Anhaltspunkte die Annahme der belangten Behörde, es liege eine rechtswirksame Übertragung der strafrechtlichen Verantwortung nicht vor, als nicht rechtswidrig.

Insoweit der Beschwerdeführer daran anknüpfend sein mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs. 2 VStG behauptet, ist ihm Folgendes zu entgegnen:

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Der Gesetzgeber präsumiert somit in einem solchen Fall die Schuld bis zur Glaubhaftmachung des Gegenteiles durch den Beschuldigten. Solange er also nicht glaubhaft gemacht hat, dass ihn kein Verschulden trafe, darf die Behörde annehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Da zum Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG.

Bei der Annahme einer grundsätzlichen Verantwortung des Arbeitgebers für die im Zusammenhang mit dem Betrieb stehenden Verwaltungsübertretungen wurde vom Gesetzgeber der wachsenden Komplexität des modernen Wirtschaftslebens Rechnung tragend die Möglichkeit einer internen Aufgabenteilung und somit die Möglichkeit, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen des Unternehmens selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene (Geschäftsführer-)Tätigkeit in diesen Belangen auf eine angemessene Kontrolle zu beschränken, zugelassen. Ob der Unternehmer dann persönlich von der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung befreit ist, hängt aber davon ab, ob er im konkreten Einzelfall den Nachweis zu erbringen vermag, dass er Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen. Der dem Beschuldigten nach § 5 Abs. 1 VStG obliegende Entlastungsbeweis kann jedoch außerhalb des Anwendungsbereiches des § 9 Abs. 2 VStG nicht allein dadurch erbracht werden, dass die ihn treffende Verantwortung auf eine hiezu taugliche Person übertragen wurde. Es bedarf vielmehr des weiteren Beweises, dass auch für eine geeignete Kontrolle der mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben beauftragten Person (die nicht verantwortlich Beauftragter im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG ist) Vorsorge getroffen worden ist. Es muss im Einzelnen angegeben werden, auf welche Art, in welchem Umfang und in welchen zeitlichen Abständen Kontrollen durchgeführt worden seien. Die bloße Erteilung von Weisungen und die Wahrnehmung einer "Oberaufsicht" reichen nicht aus; entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle über die Einhaltung der vom Verantwortlichen erteilten Weisung erfolgte (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis

vom 30. Juni 1994, Zl. 94/09/0049 m.w.N.). Derartige hat der Beschwerdeführer nicht behauptet, abgesehen davon, dass auch die erstmals in der Beschwerde aufgestellte Behauptung, er habe diesbezügliche Weisungen erteilt und deren Einhaltung auch "zwei bis drei mal wöchentlich" kontrolliert, eine nach § 41 Abs. 1 VwGG vom Verwaltungsgerichtshof nicht mehr aufzugreifende Neuerung darstellt.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 19. September 2001

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2001:1999090258.X00

**Im RIS seit**

15.11.2001

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)