



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38690
Telefax: (43 01) 4000 99 38690
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/003/3883/2016
M. G.

Wien, 20. September 2016

Geschäftsabteilung: VGW-L

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Wilfert in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 20.09.2016 über die Beschwerde des Herrn M. G. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 09.03.2016, Zl. MBA ... - S 43408/15, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe es als Gewerbeinhaber mit Standort der Gewerbeberechtigung in Wien, W.-straße zu verantworten, dass er als Arbeitgeber zumindest in der Zeit

von 15.07.2015 bis 24.07.2015 in seinem Betrieb den türkischen Staatsangehörigen Herrn F. Ge. ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen beschäftigt habe. Wegen Übertretung des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG in Verbindung mit § 3 leg. cit. wurden über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.200,00, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 20 Stunden, verhängt.

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 25.03.2016, in welcher der Beschwerdeführer vorbringt. Es läge ein Fall von Betriebsübergang vor, da er den Betrieb von seinem Vorgänger, dem eine gültige Beschäftigungsbewilligung für den verfahrensgegenständlichen Ausländer erteilt worden war, durch Kauf erworben und weitergeführt. Bei Betriebsübergang gelte bei sonst unveränderten Voraussetzungen eine Beschäftigungsbewilligung als dem neuen Arbeitgeber erteilt und läge daher kein derart vorgeworfener Verstoß gegen das AuslBG vor.

Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt vorgelegt, zur Beschwerde jedoch keine Stellungnahme erstattet.

Mit Schriftsatz vom 18.05.2016 erstattete die Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde als Partei eine Stellungnahme, verwies auf ihre Ausführungen im Zuge der Rechtfertigung des Beschuldigten im behördlichen Verfahren und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

2. In der Angelegenheit fand am 20.09.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt.

In dieser Verhandlung führte der Vertreter der Abgabenbehörde als Partei aus, bei dem verfahrensgegenständlichen Betrieb handle es sich um eine Bäckerei mit Betriebsräumen, die ursprünglich von Herrn A. als Einzelunternehmer geführt wurden. Die Bäckerei sei in denselben Betriebsräumen vom Beschwerdeführer weitergeführt worden. Abgabenrechtlich sei bei einem Einzelunternehmen jedoch ein Betriebsübergang nicht möglich, sondern könne nur das Inventar übernommen werden.

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mündlich verkündet.

3. Die Beschwerde ist begründet.

Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gründet sich auf eine Mitteilung des Arbeitsmarktservice Wien an das Finanzamt Wien ..., wonach im Zuge einer Abfrage festgestellt worden sei, dass der Beschwerdeführer den türkischen Staatsangehörigen Herrn F. Ge. im Zeitraum von 15.07.2015 bis 24.07.2015 ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt hat.

Der Beschwerdeführer rechtfertigt sich damit, er habe den Betrieb von Herrn A. erworben und weitergeführt und sei Herrn A. eine Beschäftigungsbewilligung für den verfahrensgegenständlichen Ausländer erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 27.01.2016 erstattete das Arbeitsmarktservice als Partei eine Stellungnahme und führt aus, eine Anwendbarkeit des § 3 AuslBG liege nicht vor, da es sich beim Einzelunternehmen des Herrn A. um eine natürliche Person handle, die nicht gekauft werden könne. Möglich sei lediglich, dass der Beschwerdeführer Wirtschaftsgegenstände des Einzelunternehmers erworben hat. Der Erwerb eines Unternehmers sei nur dann möglich, wenn es sich um eine juristische Person handelt und damit ein Mantel erworben werde unter dem Rechte und Pflichten miterworben werden. In allen anderen Fällen könnten nur Wirtschaftsgüter erstanden werden. Im vorliegenden Fall liege weder der Übergang eines Betriebs noch die Änderung der Rechtsform vor. Auch der Umstand, dass der verfahrensgegenständliche Ausländer vom Beschwerdeführer mit 15.07.2015 zur Sozialversicherung angemeldet wurde zeige, dass keine der Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 AuslBG vorliegen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß Abs. 3 leg. cit. gilt bei Eintritt eines anderen Arbeitgebers in das Rechtsverhältnis nach § 2 Abs. 2 durch Übergang des Betriebes oder Änderung der Rechtsform bei sonst unverändertem Fortbestand der Voraussetzungen die Beschäftigungsbewilligung als den neuen Arbeitgeber erteilt.

Die maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) lauten:

„Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber

§ 3. (1) Geht ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über (Betriebsübergang), so tritt dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein.

(2) Abs. 1 gilt nicht im Fall eines Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung oder eines Konkursverfahrens des Veräußerers.

(3) Bei Betriebsübergang nach Abs. 1 bleiben die Arbeitsbedingungen aufrecht, es sei denn, aus den Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit (§ 4), die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5) und die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen (§§ 31 und 32 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974) ergibt sich anderes. Der Erwerber hat dem Arbeitnehmer jede auf Grund des Betriebsüberganges erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen.“

Der Oberste Gerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 07.10.1998, OGH 9 Ob A 193/98 t, ausführlich mit der Frage des Betriebsüberganges gemäß § 3 Abs. 1 AVRAG auseinander gesetzt. Demnach spreche § 3 Abs 1 AVRAG neutral und deckungsgleich mit Art 1 RL 77/187/EWG (Betriebsübergangsrichtlinie) vom Betriebsübergang. Es bestehe daher kein Problem, die gemeinschaftsrechtliche Interpretation auch in die nationale Handhabung miteinfließen zu lassen. Der EuGH verlange für die Erfüllung dieses Merkmals keine Veräußerung und keinen Eigentumswechsel, sondern es genügt beispielsweise ein Verkauf unter Eigentumsvorbehalt oder die Weiterveräußerung nach einem Mietverhältnis. Auch die gegenleistungsfreie Übertragung mittels Subventionsverlagerung werde subsumiert. Der Erwerber müsse also nicht Eigentümer, sondern bloß rechtlich gesicherter oder tatsächlicher Inhaber mit Leitungsmacht in Bezug auf das betriebliche Geschehen werden.

Auch § 3 Abs 1 AVRAG knüpfe an den "Übergang auf einen anderen Erwerber" an. Der "Veräußerer"- und der "Erwerber"-Begriff seien hier also - anders als nach § 1409 ABGB - weit zu ziehen. Ob der Betrieb mit oder ohne Gegenleistung, also durch Kauf, Tausch oder Schenkung, veräußert wird oder daran bloß ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht (in Gestalt eines Nießbrauchs, einer Miete, Pacht oder Leihe) begründet wird, sei nicht entscheidend. Es reiche

aus, dass der für die Geschicke des Betriebes Verantwortliche ("Inhaber") wechselt. Dies sei auch dann der Fall, wenn der Fruchtnießer den Betrieb wieder an den Eigentümer zurückstellt oder der Betrieb von einem Pächter auf den anderen übergeht. Dienstverhältnisse mit dem Pächter eines Betriebes würden bei Neuverpachtung dieses Betriebes also auch dann auf den Neupächter übergehen, wenn zwischen Alt- und Neupächter keine vertraglichen Beziehungen bestehen (OLG Linz 11 Ra 140/97f v. 16. 9. 1997 = ARD 4891/6/97).

Zu beachten sei in diesem Zusammenhang jedoch, dass der EuGH diese Tatbestandsmerkmale im Rahmen eines beweglichen Systems anwende. So könne auch bei Nichtübernahme von Betriebsmitteln oder Nichtbestehen einer vertraglichen Beziehung zwischen Erwerber und Veräußerer, z.B. .wenn die Übertragung in zwei Schritten unter Einschaltung eines Dritten erfolgt, ein Betriebsübergang vorliegen.

Dem folgend hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 29.05.2006, 2005/09/0066, ausgesprochen, geht ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über (Betriebsübergang), so tretet dieser - ausgenommen im Falle des Konkurses - gemäß § 3 Abs. 1 iVm 2 AVRAG als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Es bleiben nach § 3 Abs. 3 AVRAG bei einem Betriebsübergang nach § 3 Abs. 1 AVRAG die Arbeitsbedingungen aufrecht, es sei denn, aus den Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit (§ 4 AVRAG), die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5 AVRAG) und die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen (§§ 31 und 32 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974) ergibt sich anderes. Ob der Betrieb mit oder ohne Gegenleistung, also durch Kauf, Tausch oder Schenkung, veräußert wird oder daran bloß ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht (in Gestalt eines Nießbrauchs, einer Miete, Pacht oder Leihe) begründet wird, sei nicht entscheidend. Es reiche aus, dass der für die Geschicke des Betriebes Verantwortliche ("Inhaber") wechselt. Arbeitsverhältnisse mit dem Pächter eines Betriebes gehen bei Neuverpachtung dieses Betriebes auch dann auf den Neupächter über, wenn zwischen Altpächter und Neupächter keine vertraglichen Beziehungen bestehen.

Im gegenständlichen Fall hat der Beschwerdeführer den Betrieb als Einzelunternehmen von Mu. A. erworben und ohne Änderung des Betriebsgegenstands am selben Standort weitergeführt. Entgegen der Ansicht der Finanzpolizei sind jedoch bei der Beurteilung dieses Sachverhaltes nicht die fiskalrechtlichen Bestimmungen anzuwenden. Nach der oben dargestellten Judikatur kommt es vielmehr allein darauf an, dass ein Unternehmen, ein Betrieb oder ein Betriebsteil übereignet wird und der bestehende Betrieb im Wesentlichen unverändert mit der bisherigen Organisationsstruktur, den vorhandenen Betriebsmitteln und dem bestehenden Kundenstock vom neuen Betreiber als Arbeitgeber weitergeführt wird. Dies ist aufgrund des Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzusehen und wird von den Verfahrensparteien auch nicht bestritten. Liegt ein Betriebsübergang vor, tritt der Erwerber als Arbeitgeber in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Der neue Betreiber wird Arbeitgeber der beim alten Betreiber beschäftigten Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer haben vom bisherigen Arbeitgeber bei der Sozialversicherung abgemeldet und schließlich vom neuen Arbeitgeber angemeldet zu werden.

Es kann daher weder aus der Tatsache, dass r ein Einzelunternehmen einer natürlichen Person erworben wurde, noch aus der notwendigen Ab- und erneuten Anmeldung des Arbeitnehmers geschlossen werden, dass eine illegale Beschäftigung iSd § 3 Abs. 1 AuslBG vorläge; Auch kann aus den Regelungszielen des AVRAG und AuslBG iS der stRsp nicht abgeleitet werden, dass § 3 AVRAG nicht anzuwenden wäre. Vielmehr ist nach Zusammenschau des Sachverhalts und der einschlägigen Vorschriften die Annahme einer zwingenden Übernahme des Dienstnehmers und die Weitergeltung der erteilten Beschäftigungsbewilligung anzunehmen.

Der Beschwerde war daher Folge zu geben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen, da der Beschuldigte die ihm zu Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Wilfert