

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.02.2011

Geschäftszahl

2009/09/0015

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pühringer, über die Beschwerde des GM in W, vertreten durch Dr. Heigl & Partner, Rechtsanwälte in 4614 Marchtrenk, Linzer Straße 11, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 27. November 2008, Zl. VwSen- 251733/9/Py/Ba, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 27. November 2008 wurde der Beschwerdeführer - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der G. GmbH zu verantworten, dass diese den tschechischen Staatsangehörigen L. J. zumindest am 17. August 2006 ab 09.00 Uhr bis zum Zeitpunkt der Kontrolle auf der Baustelle in R. als Hilfskraft (mit Fassadenarbeiten) beschäftigt habe, obwohl für diesen keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Über ihn wurde eine Geldstrafe in Höhe von EUR 2.000,- (im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden) verhängt.

Begründend führte die belangte Behörde aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"4.1. (...) Der (Beschwerdeführer) ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma G., die unter der Geschäftsanschrift

... Wels, ein Bauunternehmen betreibt.

Im August 2006 wurde die Firma G. GmbH von der Bauherrin Christiane P. auf der Baustelle R. mit Vollwärmeschutzarbeiten an der Hausfassade beauftragt. Im Zuge des Baufortschritts stellte sich heraus, dass der mit der Bauherrin vereinbarte Terminplan aufgrund anderweitiger Aufträge nicht zeitgerecht abgewickelt werden kann. Der zuständige Bauleiter des Unternehmens, Herr Mario L., erkundigte sich daher bei der Gerüstebaufirma, die auf der Baustelle die Gerüste angefertigt hat, ob diese eine Firma oder Leute zur Unterstützung wüssten. Daraufhin bekam Herr Mario L. die Telefonnummer des Herrn Dzezair M. zur Verfügung gestellt. Daraufhin vereinbarte Herr L. telefonisch mit Herrn M., der ihm mitteilte dass es als Partieführer weitere zwei Personen am nächsten Tag zu Baustelle mitbringen wird. Das erforderliche Material (Styropor etc.) war auf der Baustelle vorhanden, als Werkzeug wurde lediglich ein Mixgerät und eine Kelle benötigt. Pläne wurden nicht beigelegt, es wurde vereinbart, dass Herr L. um 9.00 Uhr ebenfalls zur Baustelle kommt. Von ihm sollte auch die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten kontrolliert werden und er erwartet auch, dass Herr M. wie vereinbart persönlich die Arbeiten verrichtet. Als Entlohnung wurden 19 Euro pro Quadratmeter vereinbart.

Seitens des Bauleiters wurden keine Erkundigungen darüber eingeholt, ob und in welchem Ausmaß Herr M. oder die von ihm beigezogenen Arbeiter zur Durchführung dieser Arbeiten berechtigt sind.

Am ersten Tag dieser Arbeiten, dem 17. August 2006, wurde anlässlich einer Kontrolle durch Beamte der Finanzverwaltung der tschechische Staatsangehörige L. J., bei Vollwärmeschutzarbeiten auf der Baustelle der Firma G. GmbH in R. angetroffen. Es lag keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung für diese Tätigkeit vor.

Im vom (Beschwerdeführer) vertretenen Unternehmen ist kein hinreichendes Kontrollsystem zur Verhinderung von Übertretungen der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorhanden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, den Angaben des (Beschwerdeführers) sowie den Aussagen der in der Berufungsverhandlung einvernommenen Zeugen. Diese Feststellungen stützen sich insbesondere auf die glaubwürdigen und lebensnahen Schilderungen des zuständigen Bauleiters, Mario L., über die tatsächlichen Vorgänge auf der Baustelle, die auch vom (Beschwerdeführer) in seiner Aussage im wesentlichen bestätigt wurden.

Ob und in welcher Form tatsächlich von Herrn M. gegenüber dem Bauleiter ausgesagt wurde, er habe eine selbstständige Firma, konnte nicht festgestellt werden, gegen diesen Umstand spricht jedoch die Aussage des Zeugen L., der ebenso wie der (Beschwerdeführer) auf den Personalmangel und die damit verbundene Gefahr einer Pönalzahlung hinwies (vgl. Tonbandprotokoll S. 3), die Entlohnung selbst als Lohnleistung bezeichnete (vgl. TBP S. 4), von einer persönlichen Arbeitsverpflichtung des Herrn M. ausging (vgl. TBP S. 5) und aussagte, dass ihm Herr M. am Telefon mitteilte dass er 'Leute hat, die die Arbeiten auf der Baustelle machen können' (vgl. TBP S. 3).

Unbestritten ist jedoch, dass seitens der Firma G. GmbH keinerlei Erkundigungen - entweder über die 'Firma' M. oder über die Rechtmäßigkeit der Beschäftigung der Ausländischen Arbeiter, eingeholt wurde. Vielmehr wurde Herr M. aufgrund des Zeitdrucks die Beibringung einer Partie für die Arbeitsausführung überlassen wurde. Aus der Aussage des Zeugen L. geht auch mehrmals hervor, dass es sich im vorliegenden Fall um reine Arbeitsleistungen gehandelt hat, die aufgrund des Personalmangels im Unternehmen des (Beschwerdeführers) hervorgerufen wurden und die er persönlich auf der Baustelle zuweisen und kontrollieren wollte. Dass sich dies aufgrund anderer Umstände verzögert hat, ändert nichts daran, dass das Vorliegen eines eigenständigen Werkes, das zu verrichten gewesen wäre, nicht nachgewiesen werden konnte und dies offenbar auch niemals geplant war (vgl. TBP S. 4, Zeuge L: 'Ich musste dann meine Leute abziehen, weil wir woanders arbeiten mussten, und habe mich dann bedient des Herrn M.' und weiter Seite 4: 'Als Bezahlung war 19 Euro für den Quadratmeterlohn vereinbart, also reine Lohnleistung fürs Kleben, Spachteln, Netzen und Edelputzarbeiten')."

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dem Beschwerdeführer sei es nicht gelungen, die gesetzliche Vermutung des § 28 Abs. 7 AuslBG zu widerlegen. Zwar sei von ihm glaubhaft dargelegt worden, dass weder der bei der Kontrolle angetroffene ausländische Staatsangehörige noch der mit ihm bei den Arbeiten angetroffene Arbeiter in einem direkten Arbeitsverhältnis zur G. GmbH gestanden seien. Dieser Umstand könne jedoch nichts an der Zurechenbarkeit der dort verrichteten Tätigkeiten auf Rechnung und im Auftrag des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens ändern. Für das Vorliegen einer Beschäftigung iSd § 2 Abs. 2 AuslBG sei es hinreichend, dass der Ausländer im Sinne eines der im § 2 Abs. 2 lit. a bis e AuslBG näher bezeichneten Tatbestände faktisch verwendet werde. Es sei daher unerheblich, ob bzw. allenfalls von wem ein formeller Arbeitsvertrag mit dem Ausländer geschlossen worden sei bzw. welchen Inhalt eine allenfalls darüber ausgefertigte Vertragsurkunde habe. Für die Bewilligungspflicht eines Beschäftigungsverhältnisses sei die zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Dienstvertrag zustande gekommen sei, unmaßgeblich. Der Begriff der Beschäftigung sei durch § 2 Abs. 2 AuslBG u.a. in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Dienstverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt.

Auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, man sei eigentlich davon ausgegangen, die Arbeiten an eine "Subfirma", nämlich die des Herrn M., zu vergeben, könne den Beschwerdeführer nicht entlasten. Es habe sich um die Beauftragung einer "reinen Arbeitspartie" gehandelt und nicht um die Weitergabe "einer Werkleistung an eine Subfirma". Der Bauleiter L. habe vor Ort die erforderlichen Anweisungen geben und die Arbeitsausführung kontrollieren wollen. Er sei von einer persönlichen Arbeitsverpflichtung ausgegangen und habe die Entgeltleistung als reine Lohnleistung bezeichnet, die auf Quadratmeterbasis habe abgerechnet werden sollen.

Wenn die gesamten Arbeitsleistungen wegen Personalmangels an eine Drittfirma vergeben worden seien, die Leistungen der von der Drittfirma eingesetzten Ausländer ident mit den Betriebsergebnissen seien, die im Betrieb des Arbeitsgebers angestrebt worden seien, und das erforderliche Arbeitsmaterial vom Arbeitgeber beigelegt worden sei, so spräche dies für das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung überlassener ausländischer Arbeitskräfte.

Der Beschwerdeführer habe in seinem Unternehmen kein ausreichendes Kontrollsystem eingerichtet, um Übertretungen des AuslBG zu verhindern. Die bloße Erteilung von Weisungen und die Wahrnehmung einer "Oberaufsicht" reichten nicht aus. Eine wirksame Kontrolle der Einhaltung der vom Verantwortlichen erteilten Weisungen erfordere die tägliche Identitätsprüfung aller an der Baustelle eingesetzten Arbeiter vor Arbeitsaufnahme und die Prüfung der arbeitsrechtlichen Papiere von neu eingesetzten Arbeitern. Dieses Kontrollsystem habe auch beim Beschäftiger überlassener Arbeitskräfte Platz zu greifen.

Unter Zugrundelegung dessen erachtete die belangte Behörde das Vorliegen der objektiven und der subjektiven Tatseite der inkriminierten Verwaltungsübertretungen als erwiesen, wobei sie dem Beschwerdeführer zumindest fahrlässiges Verhalten vorwarf. Sie legte im Weiteren ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Verwaltungsakten und Erstattung einer Gegenschrift erwogen hat:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. Nr. I Nr. 101/2005, gilt als Beschäftigung u.a. die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a), in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (lit. b), oder die Überlassung der Arbeitskräfte iSd § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988 (lit. e).

Maßgebend für die Einordnung in den Beschäftigungsbegriff des (im Beschwerdefall in Betracht kommenden) § 2 Abs. 2 lit. a und b AuslBG ist u.a., dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher (Arbeitsverhältnis) bzw. wirtschaftlicher (arbeitnehmerähnliches Verhältnis) Abhängigkeit des Arbeitenden vom Beschäftiger ausgeübt wird. Dabei ist der Beschäftiger derjenige, der gegenüber dem Arbeitnehmer bzw. dem arbeitnehmerähnlich Beschäftigten Aufträge erteilt, Arbeitsmittel zur Verfügung stellt bzw. eine Dienst- und Fachaufsicht im Sinne einer organisatorischen Eingliederung des Arbeitnehmers in seinen Betrieb ausübt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2005, Zl. 2002/09/0167, mwN).

Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen (§ 2 Abs. 4 AuslBG). Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob dieser (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder wie die Vertragsparteien die Tätigkeit bezeichnet haben, kommt es nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN). Das Vorliegen einer Beschäftigung setzt auch nicht voraus, dass der Beschäftigte dem Beschäftiger bekannt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. Juni 2004, Zl. 2001/09/0054).

Wird ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Baustellen eines Unternehmens angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist gemäß § 28 Abs. 7 AuslBG das Vorliegen einer nach dem AuslBG unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt. Es obliegt dem Beschuldigten, das Fehlen eines solchen Beschäftigungsverhältnisses glaubhaft zu machen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 10. Dezember 2009, Zl. 2009/09/0129 und Zl. 2009/09/0065, mwN). Dies entbindet die Behörde zwar nicht von ihrer - angesichts der im Grund des § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren geltenden § 37 und § 39 Abs. 2 AVG gegebenen - Verpflichtung, den Sachverhalt von Amts wegen festzustellen, die dafür notwendigen Beweise aufzunehmen, Parteiengehör einzuräumen und ein dem Art. 6 EMRK entsprechendes Verfahren durchzuführen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2009/09/0018).

Diese Grundsätze hat die belangte Behörde jedoch nicht verletzt. Baustellen sind Arbeitsstellen eines Unternehmens, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2003/09/0109). Daran ändert das nicht näher substantiierte Vorbringen in der Beschwerde nichts, dass die konkrete Baustelle keine Absperungen besessen hätte, die sie vor dem Betreten durch Betriebsfremde geschützt hätten.

Bei den gegenständlichen Tätigkeiten handelt es sich nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 AuslBG) um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend und unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei Fassadenarbeiten bzw. der Anbringung eines Vollwärmeschutzes der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Die Behörde ist in einem solchen Fall nicht gehalten, Ermittlungen und weitwendige Überlegungen zu der Frage anzustellen, ob der Hilfsarbeiter in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht, da dies - wenn anderslautende konkrete Behauptungen samt Beweisboten nicht vorliegen - unter den gegebenen Umständen ohne weiteres vorausgesetzt werden konnte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2009/09/0018, mwN).

Dem Einwand des Beschwerdeführers, bei den genannten Arbeiten habe es sich um Werkleistungen gehandelt, die die G. GmbH "im Sub" an Herrn M. vergeben hätte, ist die belangte Behörde bereits im Rahmen ihrer - nicht als unschlüssig zu erkennenden - Beweiswürdigung nicht gefolgt. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt kann die Beurteilung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig erkannt werden, dass im Beschwerdefall eine Beschäftigung des Ausländers durch das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen, sohin eine bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinn des § 2 AuslBG vorlag (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2008/09/0292).

Die belangte Behörde durfte es aus den dargelegten Gründen ohne weiteres als erwiesen annehmen, dass der am 17. August 2006 an der Baustelle des Unternehmens der G. GmbH arbeitend angetroffene Ausländer

zumindest an diesem Tag unberechtigt von der G. GmbH (als der Betreiberin der Baustelle) beschäftigt worden ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2002/09/0115).

Dem Vorwurf des Verschuldens tritt der Beschwerdeführer mit dem Argument entgegen, das Vorliegen ausländerbeschäftigungsrechtlicher Bewilligungen könne "erst

überprüft werden, wenn der Chef ... oder ein Vertreter

desselben auf die Baustelle kommt". Der Baustellenleiter hätte gleich am nächsten Tag um 09.00 Uhr vor Ort sein wollen, wozu es aber nicht mehr gekommen sei, weil es schon vorher eine Kontrolle gegeben habe.

Dem kann nicht gefolgt werden. Übertretungen nach dem § 28 Abs. 1 AuslBG sind Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. In einem solchen Fall ist das verantwortliche Organ strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. In einem solchen Fall hat bei Erfüllung des objektiven Tatbildes der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft. Solange dies nicht der Fall ist, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es wäre daher Sache des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2008/09/0292). In dem vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren nach dem AuslBG hätte der Beschwerdeführer etwa darzulegen gehabt, dass in dem Unternehmen, für welches er die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung trägt, ein Kontrollsystem eingerichtet ist, das mit gutem Grund erwarten lässt, dass es spätestens zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme die tatsächliche Einhaltung der Ausländerbeschäftigungsvorschriften sicherstellt. Der Beschwerdeführer hat nichts dergleichen behauptet, sondern in der Beschwerde selbst eingeräumt, dass eine Kontrolle durch den Baustellenleiter L. erst nach Beginn der Beschäftigung des Ausländers hätte vorgenommen werden sollen. Der angefochtene Bescheid kann daher auch hinsichtlich der Annahme eines Verschuldens des Beschwerdeführers nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Insgesamt ist das Beschwerdevorbringen somit nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

Gegen die Strafbemessung wurde vom Beschwerdeführer nichts vorgebracht; beim Verwaltungsgerichtshof sind keine Bedenken bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit entstanden.

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

Die Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 24. Februar 2011