

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.02.2010

Geschäftszahl

2009/09/0235

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des JG in W, vertreten durch Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Huemerstraße 23, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 17. August 2009, Zl. UVS- 07/A/37/230/2008-29, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 17. August 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG der P GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeber mit Sitz in W, am 24. Oktober 2006 um 22.15 Uhr der A GmbH in L den Ausländer O, Staatsangehörigkeit Nigeria, als Arbeitskraft überlassen habe, obwohl für diesen Ausländer keine (näher ausgeführte) arbeitsmarktrechtliche Bewilligung bzw. Erlaubnis ausgestellt gewesen sei.

Er habe eine Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG begangen. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach der Darstellung des Ganges des Verwaltungsstrafverfahrens, wörtlicher Wiedergabe der Aussagen in der durchgeführten mündlichen Verhandlung und Anführung der Rechtslage aus, es stehe als Sachverhalt Folgendes fest (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Die GmbH war zuletzt vor dem Tatzeitpunkt bereits im Jahr 2006 mit dem nigerianischen Staatsangehörigen A., welcher über eine Arbeitserlaubnis verfügte, ein Dienstverhältnis eingegangen und stellte diesen der A GmbH im Wege der Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung. Bei einer Kontrolle am 24.10.2006 wurde zu einer Zeit, in der A. dort zur Arbeit eingeteilt war, an dessen Stelle der nigerianische Staatsangehörige O. dort angetroffen, der auch schon zuvor immer wieder für A. bei den dort zu erledigenden Tätigkeiten eingesprungen war. O. befand sich als Asylwerber in Österreich; für ihn lagen keinerlei arbeitsmarktbefehlende Bewilligungen oder sonstige Ausnahmetatbestände vor.

A. und O. sind zwar beide von dunkler Hautfarbe, doch unterscheiden sie sich wesentlich im Aussehen, und zwar nicht nur vom Gesicht her, sondern auch in Körperbau (A.: groß, schlank und feingliedrig; O.: kleiner und eher athletisch gebaut), Kopfform (A.: länglicher Kopf, O. runder Kopf) und Motorik."

Die belangte Behörde legte ihre Erwägungen zur Beweiswürdigung wie folgt dar:

"Die Tatsache, dass A. jedenfalls ab 2006 bis 24.10.2006 in einem Dienstverhältnis zur P GmbH stand und von dieser an (die) A GmbH im Wege der Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung gestellt wurde und dass A. im Besitz einer Arbeitserlaubnis war, steht aus dem gesamten Akteninhalte fest und wurde von keiner Seite bestritten; auch A. selbst bestätigte die Richtigkeit dieser Annahmen.

Dass O. am 24.10.2006 bei der Kontrolle des Finanzamtes angetroffen wurde, als er anstelle des A. bei (der) A GmbH arbeitete, ergibt sich aufgrund der Anzeige und wurde auch durch sämtliche Ergebnisse des Beweisverfahrens bestätigt.

Aufgrund der glaubwürdigen und in allen wesentlichen Punkten übereinstimmenden Angaben der Zeugen A. und O. wurde weiters als erwiesen angenommen, dass O. am 24.10.2006 nicht zum ersten Mal anstelle von A. bei (der) A GmbH arbeitete, sondern dass dies davor schon wiederholt der Fall gewesen war.

Für die Richtigkeit dieser Annahme ersprechen auch die Aussagen der Zeugen TM und HH, die bei der jeweils durchgeführten Gegenüberstellung mit A. und O. jeweils O. als jene Person bezeichneten, mit der ausschließlich sie Kontakt gehabt hatten. Dass beide Zeugen angaben, ausschließlich O., nicht aber A. zu kennen, erscheint jedoch nicht nachvollziehbar, da nicht angenommen werden kann, dass tatsächlich O. sich bei der P GmbH vorstellte, von dieser an (die) A GmbH überlassen und von letzterer ständig beschäftigt wurde. Solches würde auch den Aussagen der Zeugen A. und O. widersprechen, die übereinstimmend angaben, dass O. nicht ständig, sondern nur gelegentlich statt A. bei (der) A GmbH gearbeitet hatte. A. und O. erweckten bei ihrer Befragung jeweils einen glaubwürdigen Eindruck; sie wirkten aufrichtig bemüht, bei der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken und ihre Angaben stimmten in allen wesentlichen Punkten überein. Auch wenn man zugestehen muss, dass ihre Vorgangsweise, nämlich dass O. gelegentlich für A. bei der Arbeit einsprang, nicht korrekt war, so erschienen sie sich bei ihren Einvernahmen vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien doch an der Wahrheitsfindung bemüht und gab es keine Hinweise darauf, dass sie - insbesondere im Hinblick auf die strafrechtlichen Folgen falscher Aussagen - wahrheitswidrig den (Beschwerdeführer) belastende Angaben machen würden, noch dazu, wo ihre Aussagen ihr eigenes, nicht korrektes Handeln aufdeckten.

Die Behauptungen der Zeugen TM und HH, sie hätten stets nur mit O. Kontakt gehabt, der sich als A. ausgegeben (und ausgewiesen) habe, müssen daher als bloße Schutzbehauptungen beurteilt werden. Dies gründet sich auch darauf, dass - wie in den Sachverhaltsfeststellungen aufgrund der eigenen Wahrnehmungen des erkennenden Mitgliedes des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien in der Berufungsverhandlung dargestellt - (bis auf die dunkle Hautfarbe beider Personen) keine Ähnlichkeit zwischen A. und O. vorliegt; sollte sich - was aber nicht als erwiesen angenommen werden kann - O. tatsächlich etwa bei einem Bewerbungsgespräch mit dem Zeugen TM mit dem Ausweis des A. ausgewiesen haben, so wäre dem Zeugen TM eine besondere Sorglosigkeit bei der Identitätsprüfung vorzuwerfen, die doch eine kardinale Voraussetzung für die Einstellung einer Arbeitskraft ist. Dass auch der Zeuge HH angab, lediglich O. zu kennen, mag auch darauf zurückzuführen sein, dass ihm dieser durch die Vorfälle bei der Kontrolle mehr in Erinnerung geblieben ist als A. Dass von (der) A GmbH die Identität aller Arbeitskräfte bei jedem Einsatz tatsächlich zweimal überprüft wurde (wie der Zeuge HH auch aussagte), wurde von ihm selbst widerlegt, als er angab, er habe wohl aufgrund der Tatsache, dass jemand an dem A. zugeordneten Arbeitsplatz gewesen sei, darauf geschlossen, dass dieser auch anwesend sei; er stellt damit auch seine eigene Behauptung in Zweifel, A. sei am 24.10.2006 zu Schichtbeginn um 21.30 Uhr sehr wohl anwesend gewesen, zum Zeitpunkt der Kontrolle aber nicht mehr; sowohl A. als auch O. hatten übereinstimmend ausgesagt, dass O. und nicht (auch) A. zur Abendschicht erschienen war.

Insgesamt konnte den Zeugen HH und TM aufgrund ihrer widersprüchlichen Aussagen und des unmittelbaren Eindruckes, dass sie bestrebt waren, ihre eigene mangelhafte Kontrolltätigkeit zu verschleiern, weniger Glaubwürdigkeit zubilligt werden als den Zeugen A. und O."

Die wesentlichen Ausführungen der belangten Behörde zur rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes lauten:

"Die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes ergab, dass der objektive Tatbestand der dem (Beschwerdeführer) zur Last gelegten Verwaltungsübertretung erfüllt war, da die P GmbH, als deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der (Beschwerdeführer) fungierte, als Arbeitskräfteüberlasserin der A GmbH eine ausländische Arbeitskraft überlassen hat, für die keine der in § 28 Abs. 1 Z. 1 lit a AuslBG genannten Bewilligung vorlag; die GmbH war somit Arbeitgeber des O. und daher (neben (der) A GmbH als Beschäftigterin im Sinne des AVG) für die unbewilligte Beschäftigung des O. auch verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die Tätigkeit des O. war, auch wenn von Seiten des (Beschwerdeführers) vorgebracht wurde, man habe von dessen Tätigkeit nichts gewusst, nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhaltes der P GmbH zuzurechnen, auch wenn schlussendlich für diese Tätigkeit weder dem A. noch dem O. ein Entgelt bezahlt worden sein sollte."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, verzichtete jedoch auf die Erstattung einer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) ist die Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Nach dessen Abs. 2 ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet. Abs. 4 leg. cit. definiert Arbeitskräfte als Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem

Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

Auf Grund des § 3 Abs. 2 AÜG muss der Überlasser mit jenen Arbeitskräften, die überlassen werden, das von vornherein vereinbaren. Gemäß § 2 Abs. 2 AÜG darf keine Arbeitskraft ohne ihre ausdrückliche Zustimmung überlassen werden.

Bereits aus diesen Bestimmungen wird deutlich, dass Arbeitskraft eines Überlassers eine Person nur dann sein kann, wenn zwischen dem Überlasser und dieser Person eine - nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu bewertende - zweiseitige Vertragsbeziehung im Sinne des § 3 Abs. 2 und 4 AÜG eingegangen wird.

In dem den Beschwerdeführer und einen vergleichbaren Sachverhalt betreffenden Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0029, hat der Verwaltungsgerichtshof Folgendes ausgeführt:

"Dem im Ausländerbeschäftigungsgesetz geregelten Beschäftigungsbegriff (§ 2 Abs. 2) in Verbindung mit der nachfolgenden Regelung des Arbeitgeberbegriffs (§ 2 Abs. 3) ist eindeutig zu entnehmen, dass im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung (im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes) neben dem als Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskräfte zu behandelnden Überlasser auch der Beschäftiger einem Arbeitgeber gleichzuhalten ist. Demnach können sowohl der Beschäftiger als der Überlasser (von überlassenen Arbeitskräften) Täter einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 6. März 1997, Zl. 95/09/0342).

Die belangte Behörde geht im gegenständlichen Fall offenbar rechtsirrtümlich davon aus, dass die Frage, ob die P GmbH als Arbeitskräfteüberlasser Arbeitgeber der beiden verfahrensgegenständlichen Ausländer sei, vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG, wonach auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung gilt, zu lösen sei. Diese Bestimmung regelt aber ausschließlich die Strafbarkeit desjenigen, der über die Arbeitskraft eines anderen verfügen darf, der tatsächliche Einsatz eines ausländischen Arbeitnehmers im Betrieb des Verwenders (hier: A GmbH) gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG ist aber unabhängig von der Frage zu lösen, ob die überlassene Kraft zum Überlasser (hier: P GmbH) in einem Arbeitsverhältnis oder allenfalls arbeitnehmerähnlichen Verhältnis steht. Wäre die letzte Frage zu verneinen, so könnte zwar der Überlasser nicht bestraft werden, in der Beurteilung der Strafbarkeit des Verwenders würde aber nur insofern eine Änderung eintreten, als diesfalls der Einsatz eines ausländischen Arbeitnehmers in seinem Betrieb (insbesondere) nach den lit. a und b des § 2 Abs. 2 AuslBG zu prüfen wäre. Ein Rückschluss von der Verwendung der Arbeitskräfte im Betrieb der A GmbH auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen der P GmbH und den arbeitend angetroffenen Ausländern besitzt keine Aussagekraft.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies für den Beschwerdefall nach dem oben Gesagten in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN.).

Im gegenständlichen Fall hat die belangte Behörde als einzigen Anhaltspunkt, dass zwischen den verfahrensgegenständlichen Ausländern und der P GmbH ein Beschäftigungsverhältnis bestünde, die Tatsache angeführt, dass die Ausländer in den von ihnen ausgefüllten Personenblättern die P GmbH als diejenige 'Firma' angegeben haben, für die sie 'derzeit' arbeiten. Allein für sich genommen ist diese Angabe bloß ein geringes Indiz für ein Beschäftigungsverhältnis zwischen den Ausländern und der P GmbH, das nicht ausreicht, ein derartiges Beschäftigungsverhältnis annehmen zu können. Die belangte Behörde lässt zudem außer Acht, dass in den Personenblättern auch die Anführung der Adresse der 'Firma' gefordert war, diese von den Ausländern jedoch nicht ausgefüllt war. Überdies findet sich im Personenblatt des MO folgende Eintragung des Kontrollorgans H:

'Lt. Firmenauskunft wurde Hr. OB v. d. Fa. P angefordert. Hr. OB schickte jedoch MA zur Fa. A. Er arbeitet seit ca. 1 Monat in der Fa. A.'

Durch diese beiden letztgenannten Umstände wird die Aussagekraft der Eintragung der P GmbH als 'Firma', für die die Ausländer 'derzeit' arbeiten, noch weiter abgeschwächt.

Alle weiteren Beweisergebnisse gehen hingegen in die Richtung, dass die arbeitend angetroffenen Ausländer in der P GmbH unbekannt gewesen seien. Auch die Aussage des AA beinhaltet, dass er von einem unbekannten 'J' als dessen 'Vertreter' zur Arbeit in der A GmbH gebracht worden sei. Selbst wenn man der

belangten Behörde folgte, dass diese Beweisergebnisse unglaubwürdig seien, so fehlt es an konkreten Sachverhaltsfeststellungen, aus denen sich ein Beschäftigungsverhältnis zwischen den Ausländern und der P GmbH ableiten ließe."

Der gegenständliche Fall unterscheidet sich von dem dem zitierten Vorerkenntnis zu Grunde liegenden nur dadurch, dass nach den Feststellungen der belangten Behörde überhaupt keine Hinweise daraufhin deuten, dass zwischen O und der P GmbH eine (Vertrags-)Beziehung zwecks Einstellung als überlassene Arbeitskraft beabsichtigt und jemals eingegangen worden wäre. Diese Beziehung wurde zwischen A und der P GmbH eingegangen. A wurde von der P GmbH als Arbeitskraft eingestellt und der A GmbH überlassen. Dass anstelle des A aber bei der A GmbH eine andere Person, nämlich O, ohne Wissen und Willen der P GmbH die Arbeit antrat, und dies auf Grund mangelhafter Kontrollen bei der P GmbH nicht auffiel, begründete allenfalls die Strafbarkeit des verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen der A GmbH, bewirkte aber nicht, dass O zur (überlassenen) Arbeitskraft der P GmbH wurde. Die belangte Behörde weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Verantwortliche der A GmbH rechtskräftig wegen der unbewilligten Beschäftigung des O bestraft worden sei.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich im Rahmen des gestellten Begehrens auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 25. Februar 2010