

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.03.2011

Geschäftszahl

2008/09/0132

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Perauer, über die Beschwerde des M, vertreten durch Kriftner & Partner Rechtsanwälte KEG in 4020 Linz, Stelzhamerstraße 12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich vom 8. August 2007, Zl. VwSen-251500/18/Kü/Se, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien:

Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, 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 Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 30. November 2006 wurden über den Beschwerdeführer wegen Verwaltungsübertretungen nach § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz fünf Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 1.000,-, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 34 Stunden verhängt, da er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 VStG nach außen vertretungsbefugtes Organ der Firma V. (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof), mit Sitz in L zu verantworten habe, dass von dieser die slowakischen Staatsbürger, 1. J.L., 2. J.M., 3. N.R., 4. M.F. und 5. S.D., als Bauhilfsarbeiter beim Bauvorhaben H., vom 25. November 2004 bis 16. Dezember 2004 ohne entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen beschäftigt worden seien.

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 8. August 2007 wurde der Berufung des Beschwerdeführers nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung keine Folge gegeben und das Straferkenntnis bestätigt.

Die Begründung des angefochtenen Bescheides stützte die belangte Behörde nach Darstellung des Ganges des Verwaltungsverfahrens auf folgenden festgestellten Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer sei handelsrechtlicher Geschäftsführer der V GmbH. Hauptgeschäftszweig der Firma V. sei die Errichtung von Fertighäusern. Im Jahr 2004 seien von V. in Zeitungen Inserate geschaltet worden, dass Fachkräfte für die Aufstellung von Fertighäusern gesucht würden. Aufgrund eines derartigen Inserates habe sich der slowakische Staatsangehörige, J.L., gemeldet. J.L. habe sich zusammen mit den vier slowakischen Staatsangehörigen J.M., N.R., M.F. und S.D. bei V. vorgestellt und erklärt, sie könnten Arbeiten, wie Wände aufstellen, Gipsen, Verspachteln und dergleichen durchführen, da sie derartige Arbeiten bereits in der Slowakei ausgeführt hätten. Von den Slowaken seien auch Gewerbeberechtigungen, Steuererklärungen und Anmeldungen zur Sozialversicherung verlangt und von Mitarbeitern der V. eingesehen worden. Mit den Slowaken seien mündliche Vereinbarungen über den zu bezahlenden Stundensatz getroffen worden. Schriftliche Verträge seien nicht erstellt worden. Ferner seien keine Auskünfte des AMS betreffend den Arbeitseinsatz der Slowaken eingeholt worden.

Bei der gegenständlichen Baustelle H. in K. habe die Firma des Beschwerdeführers von der Firma O. den Auftrag erhalten, ein Einfamilienhaus aufzustellen. Neben dem Aufstellen habe der Auftrag auch die trockenen Innenausbauarbeiten, die Elektroarbeiten und die Heizungsinstallation betroffen. Die Aufstellarbeiten und die

trockenen Innenausbauarbeiten seien von den fünf slowakischen Staatsangehörigen durchgeführt worden. Aufgrund des Umstandes, dass die Ausländer keine Erfahrung im Aufstellen von Fertighäusern gehabt hätten, sei dieses in der Zeit von 25. November 2004 bis 16. Dezember 2004 unter Anleitung und Kontrolle eines Vorarbeiters der Firma V. aufgestellt worden. Grundsätzlich seien von den slowakischen Staatsangehörigen dabei Hilfstätigkeiten geleistet worden. Das Aufstellen und Ausrichten der Wände, die Bemessung des Daches und der Dachlattung sei unter Anweisung des Vorarbeiters der Firma V. erfolgt. Die slowakischen Staatsangehörigen seien auf diese Weise in den Fertighausbau eingeschult worden. Die Ausländer seien zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage gewesen, das Fertighaus selbständig, ohne Anleitung eines Mitarbeiters der Firma V. aufzustellen, da ihnen die notwendigen fachtechnischen Kenntnisse gefehlt hätten.

Sämtliches Material für die Bauarbeiten sei von der Firma O. gestellt worden. Den slowakischen Staatsangehörigen sei von der Firma V. ein Montagebus zur Verfügung gestellt worden. Aufgrund dessen sei mit den slowakischen Staatsangehörigen für die gegenständliche Baustelle auch nur ein Stundensatz von EUR 25,50 pro Stunde verrechnet worden. Für den Fall, dass Subunternehmer einen eigenen Bus und eigenes Werkzeug stellen, werde normalerweise ein Stundensatz von EUR 28,- verrechnet. Bezüglich der Aufstellung des Fertighauses gebe es von der Firma O. eine Zeitvorgabe, in wie vielen Stunden der jeweilige Haustyp zu errichten sei. Von der Firma V. werde auch nach diesem vorgegebenen Stundensatz pauschal mit den Subunternehmern abgerechnet. Im gegenständlichen Fall seien von den slowakischen Staatsangehörigen entsprechende Rechnungen an die Firma V. gestellt und von dieser EUR 25,50 pro Stunde bezahlt worden. Die Abrechnungen seien von den slowakischen Staatsangehörigen in Zusammenarbeit mit der Firma V. erstellt worden.

Der festgestellte Sachverhalt ergebe sich - so die belangte Behörde in ihrer Beweiswürdigung - grundsätzlich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers in der durchgeführten mündlichen Verhandlung. Dieser gebe selbst an, dass die slowakischen Staatsangehörigen von seiner Firma bezüglich des Aufbaus eines Fertighauses einzuschulen gewesen seien. Diese Aussage entspreche auch den schriftlichen Ausführungen des J.L., welcher dargelegt habe, dass er und seine Kollegen die Arbeiten auf der gegenständlichen Baustelle unter Leitung des Vorarbeiters der Firma V. durchgeführt hätten und er der Firma V. dankbar sei, dass er als Laie mit seinen Helfern in den Fertighausbau eingeschult und eingeführt worden sei.

In ihren rechtlichen Ausführungen verwies die belangte Behörde - neben Zitierung der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen und der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes - darauf, dass auf der gegenständlichen Baustelle den slowakischen Staatsangehörigen keine Entscheidungsbefugnis zugekommen sei, welche auf ein unternehmerisches Risiko hindeuten würde. Alles spreche dafür, dass von den Slowaken auf der gegenständlichen Baustelle Hilfstätigkeiten erbracht worden seien und sämtliche technische Anleitungen von einem Mitarbeiter der Firma V. gekommen seien, somit die slowakischen Staatsangehörigen ihre Arbeitsleistungen in wirtschaftlicher Unterordnung für die Zwecke der Firma V. erbracht hätten. Eine organisatorische Eingliederung in den Arbeitsablauf sei somit als gegeben zu bewerten gewesen. Da für die Beschäftigung der fünf slowakischen Staatsangehörigen nachweislich keine arbeitsmarktrechtlichen Papiere vorgelegen seien, habe der Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht zu verantworten.

Im Weiteren legte die belangte Behörde dar, dass auch in subjektiver Hinsicht die angelastete Verwaltungsübertretung vorzuwerfen sei, und führte Erwägungen zur Strafbemessung ins Treffen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die nach Ablehnung durch den Verfassungsgerichtshof und Abtretung durch denselben beim Verwaltungsgerichtshof erhobene Beschwerde, mit dem Begehren, den Bescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 28/2004 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 AuslBG einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 1.000,- bis zu EUR 5.000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 2.000,- bis zu EUR 10.000,-, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 2.000,- bis zu EUR 10.000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 4.000,- bis zu EUR 25.000,-.

§ 2 AuslBG in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 133/2003 lautet auszugsweise:

"§ 2. (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt 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.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

- a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,
- b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter,
- c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und
- d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine

EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 bis 16 auszustellen ist.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. ..."

Vorweg ist festzuhalten, dass der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt ist, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, 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. 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 zustande 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. die hg. Erkenntnisse vom 9. September 1997, Zl. 95/09/0338, und vom 26. August 1998, Zl. 96/09/0321).

Wenn der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend macht, dass die belangte Behörde aufgrund seiner Aussage in der Berufungsverhandlung berücksichtigen hätte müssen, dass der zuständige Mitarbeiter der V., W., nicht ständig auf der Baustelle anwesend gewesen sei und folglich eine ständige Überwachung der Arbeiten nicht erfolgen habe können, dass die slowakischen Staatsangehörigen keine Vorgaben und Anweisungen betreffend regelmäßiger Arbeitszeiten und Arbeitsinhalt gehabt hätten, eine Pönale nicht vereinbart worden sei und Krankheitsmeldungen nicht gefordert worden seien, so zeigt er damit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Zwar wurde den ausländischen Arbeitskräften keine konkreten Arbeitszeiten vorgegeben, durch das Festsetzen eines Montagebeginnes und der Vorgabe durch O., innerhalb eines bestimmten Zeitraumes das Fertighaus fertigzustellen, wurde aber die Selbstbestimmung der slowakischen Hilfsarbeiter, die ihre Tätigkeit im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbringen mussten, erheblich eingeschränkt. Dass der Arbeitsinhalt entgegen der Meinung des Beschwerdeführers durch V. zweifellos vorgegeben war und angeleitet wurde, stellte die belangte Behörde in ihren Feststellungen ausführlich und auf schlüssige Weise dar.

Wenn der Beschwerdeführer verneint, dass eine ständige Kontrolle und Überwachung der ausländischen Staatsangehörigen nicht vorgelegen sei, ist ihm entgegenzuhalten, dass J.L. aussagte, dass die Arbeiten auf Anweisung und Anleitung des V.- Mitarbeiters W. erfolgten. Dass dieser nicht ständig auf der Baustelle zugegen war, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Bei jenen Hilfstätigkeiten, die ohne Aufsicht des Vorarbeiters durchgeführt wurden, bei denen der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat, äußert sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten (vgl. das hg. Erkenntnis

vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026), die nach den Aussagen des Beschwerdeführers in der Berufungsverhandlung von seinem Mitarbeiter W. ausgeübt worden sind.

Weshalb die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Nichtvereinbarung einer Pönalezahlung für eine persönliche und wirtschaftliche Selbständigkeit sprechen sollte, ist nicht nachvollziehbar, sondern würde eine Pönalevereinbarung vielmehr auf eine Selbständigkeit hindeuten.

Dass das Auftreten einer Krankheit von den slowakischen Staatsangehörigen nicht an die V. gemeldet werden musste, fällt nicht weiter ins Gewicht, geht es doch bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes darum, die vorhandenen Merkmale, welche für und gegen eine Arbeitnehmerähnlichkeit sprechen und in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sind, zu bewerten. Das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales kann dabei durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

Für diese Beurteilung ergeben sich aus der schlüssig dargelegten Gesamtbetrachtung der belangten Behörde ausreichende Kriterien - vom Fehlen notwendiger fachtechnischer Kenntnisse der Arbeitnehmer, im Zusammenhang mit dem Weisungsrecht der V. (fachliche Unterordnung der Beschäftigten unter die Anleitungen und Anweisungen des V.-Mitarbeiters W., Kontrollrechte), bis zur Bereitstellung eines Montagebusses durch die V. - für die Annahme einer unselbständigen Tätigkeit, wobei eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der Arbeitskräfte von dem vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmen bestand.

Auch nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bildet eine Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses, so dass die belangte Behörde ohne Rechtirrtum von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung ausging (vgl. Erkenntnis vom 3. Juli 2000, Zl. 99/09/0057). Dass die Arbeitskräfte - auch - im Besitz von gewerberechtlichen Befugnissen gewesen sein mögen, vermag daran nichts zu ändern, weil es bei der Beurteilung, auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die äußere Erscheinungsform einer Tätigkeit ankommt (§ 2 Abs. 4 AuslBG).

Da zum Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt. Dem Beschwerdeführer gelang es nicht, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der objektiv verletzten Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann ist der Arbeitgeber einer ausländischen Arbeitskraft verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien (vgl. Erkenntnis vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0168). Dass die jeweiligen Gewerbeberechtigungen, die Anmeldungen zur Sozialversicherung sowie die Steuererklärungen vom Beschwerdeführer eingesehen und kontrolliert wurden, ist für das Verwaltungsstrafverfahren nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht von entscheidender Bedeutung.

Auch die Strafbemessung - es wurden jeweils die Mindeststrafen verhängt - begegnet keinen Bedenken.

Aus diesen Gründen erweist sich der angefochtene Bescheid als nicht rechtswidrig, weshalb die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung, BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 24. März 2011