

TE Vwgh Erkenntnis 1999/3/10 98/09/0289

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 10.03.1999

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Bachler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Keller, über die Beschwerde des H in N, vertreten durch Dr. Gerhard Seirer, Rechtsanwalt in 9900 Lienz, Tirolerstraße 30/2, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 21. August 1998, Zl. 1997/2/19-19, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales), 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 Bescheid der belangten Behörde vom 21. August 1998 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als persönlich haftender Gesellschafter der M OEG mit dem Sitz in N, D-Straße 10, zu verantworten, daß, wie anlässlich einer Kontrolle am 7. September 1995 gegen 14.00 Uhr festgestellt worden sei, die bosnischen Staatsangehörigen C, M und B seit 1. August 1993 bis 7. September 1995 als Hilfsarbeiter bei der M OEG beschäftigt worden seien, obwohl ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen darf, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde, oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt. Der Beschwerdeführer habe Verwaltungsübertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 2 Abs. 2 iVm § 2 Abs. 4 Z. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) begangen. Die von der Behörde erster Instanz verhängten Geldstrafen wurden von der belangten Behörde auf drei Geldstrafen in Höhe von jeweils S 30.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils acht Tage) herabgesetzt. Die belangte Behörde stellte folgenden, auf den Ergebnissen der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung beruhenden Sachverhalt fest:

"Mit einem mündlichen Gesellschaftsvertrag vom 04.09.1991 wurde die M OEG gegründet. Als persönlich haftende

Gesellschafter dieser offenen Erwerbsgesellschaft sind M, C, H und B ausgewiesen. Sitz der OEG ist D. Die Geschäftsanschrift lautet D-Straße, ... D. Die Vertretung nach außen hin erfolgt durch die persönlich haftenden Gesellschafter gemeinsam.

Die OEG wurde beim Finanzamt Lienz zur Steuernummer n/n veranlagt. Aufgrund der beim Finanzamt Lienz eingereichten Abgabenerklärungen ergeben sich für die Jahre 1994 und 1995 folgende gesonderte Gewinngeststellungen:

1)

Für 1994:

C

S 130.033,--

H

S 25.509,--

M

S 130.699,--

B

S 119.995,--

S 406.236,--

2)

Für 1995:

C

S 178.848,--

H

S 20.291,--

M

S 170.895,--

B

S 197.929,--

S 567.963,--

Im Rahmen der Steuererklärung sind für das Jahr 1994 Umsätze in Höhe von S 596.800,-- ausgewiesen, wovon (laut Aufstellung des Steuerberaters Mag. Dr. J) S 548.000,-- auf Umsätze als Subunternehmer der Firma H entfallen und lediglich S 48.800,-- auf andere. Im Jahr 1995 wurde ein Umsatz in Höhe von S 736.000,02 erzielt, wovon S 685.000,02 auf Umsätze mit der Firma H und S 51.000,-- auf Umsätze mit anderen Leistungsempfängern entfallen.

Die M OEG verfügt über eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe gemäß § 103 Abs. 1 lit. b Ziff. 25 Gewerbeordnung 1973, eingeschränkt auf den Holzhandel sowie die Gewerbeberechtigung für das Zimmermeistergewerbe gemäß § 158 Gewerbeordnung 1973, wobei jeweils H als gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt wurde.

Während der im Spruch maßgebenden Tatzeiträume wurde seitens der bereits mehrfach erwähnten Ausländer im wesentlichen Zimmermannsarbeiten durchgeführt. Die Ausländer waren dabei auch auf Baustellen der Firma H Holzbau tätig. Die von den Ausländern M, C und B geleisteten Zimmermannsarbeiten unterschieden sich im wesentlichen nicht von jenen Arbeiten, welche auch von Arbeitnehmern der Firma H Holzbau durchgeführt wurden. Zum Teil waren Arbeitnehmer der Firma H Holzbau und die im Spruch genannten Ausländer auf denselben Baustellen tätig und wurden von beiden Personengruppen jeweils Zimmermannsarbeiten durchgeführt. Es haben allerdings hiebei getrennte Aufgabenbereiche bestanden, etwa in der Weise, daß die Arbeitnehmer der Firma H Holzbau die Konstruktion (wie z.B. einen komplizierten Dachstuhl) hergestellt hat und die Verschalung durch die in Rede stehenden Ausländer erfolgte."

Diese Feststellungen gründete die belangte Behörde auf folgende Beweiswürdigung:

"Die maßgeblichen Daten betreffend die M OEG ergeben sich aus dem im erstinstanzlichen Akt befindlichen Firmenbuchauszug. Die für die Abgabenerhebung maßgeblichen Zahlen sind den Ablichtungen der vorgelegten Abgabenerklärungen samt der Beilage zu entnehmen. Die Zusammensetzung der Umsätze der OEG gründet sich auf die in Vorlage gebrachte Aufstellung des Steuerberaters Mag. Dr. J.

Der Berufungswerber räumte in seiner Einvernahme selbst ein, daß 'von der M OEG ... hauptsächlich Lohnhandwerke und zwar vornehmlich Zimmermannsarbeiten gemacht' werden.

Bezüglich Durchführung der Arbeiten der in Rede stehenden Ausländer gründen sich die Feststellungen darüberhinaus auch auf die Angaben des Zeugen E, welcher angab, 'die OEG hat sämtliche Arbeiten besorgt, die bei der Zimmerei anfallen'. Er bestätigte auch, daß es bei der Firma H auch Ausländer gebe, welche regulär beschäftigt seien und die ganz normale Zimmermannsarbeiten durchführen würden und ihm sei nicht klar, warum man Arbeiten an die OEG vergeben habe. Da müsse man den Chef fragen. Von den Kenntnissen her hätte die Firma H Holzbau auch Leute gehabt, welche diese Arbeiten machen hätten können, welche die Leute von der OEG gemacht hätten.

Mag. Z, welcher die Kontrolle des Arbeitsinspektorates durchführte, gab in diesem Zusammenhang an, er habe mit E gesprochen und dieser habe ihm mitgeteilt, daß Herr C als Hilfskraft auf der Baustelle arbeite. Auch wußte er zu berichten, daß er im Betrieb der Firma H mit S gesprochen habe und sich an dessen Aussage gut erinnern könne, wonach dieser (S) gesagt habe, die Ausländer würden die gleiche Arbeit verrichten wie alle anderen in der Firma H. Er habe in der Folge auch mit Herrn H und Herrn M gesprochen und habe sich handschriftliche Notizen gemacht und

aufgrund dieser handschriftlichen Notizen die Anzeige erstattet. Der Anzeige ist auch zu entnehmen, daß es sich bei Herrn M um einen nicht ausgelernten Zimmermann, bei Herrn C um einen gelernten Zimmermann und bei Herrn B um einen nicht ausgelernten Trockenausbaupezialisten handle.

Mag. Z hinterließ im Zuge seiner Einvernahme einen guten und glaubwürdigen Eindruck. Es ergaben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die von ihm gemachten Angaben unrichtig wären und er sich der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen würde. Die Richtigkeit seiner Angaben wird zumindest in Bezug auf die Art der geleisteten Arbeiten der Ausländer auch durch die Angaben des Zeugen E bestätigt.

Dafür, daß die in Rede stehenden Ausländer im wesentlichen die gleichen Arbeiten verrichtet haben, wie dies in einem Dienstverhältnis zur Firma H Holzbau stehende Arbeitnehmer machten, spricht auch der Umstand, daß, wie Mag. Z unter Verweis auf die Anzeige versicherte, für B von der Firma H zwei Anträge auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung gestellt worden seien, wobei jedoch beide abgelehnt worden seien, zuletzt mit einem Bescheid vom 03.02.1993.

S konnte sich im wesentlichen nicht mehr an den Inhalt des Gespräches mit Mag. Z anlässlich der Kontrolle durch das Arbeitsinspektorat erinnern. Er konnte sich auch nicht mehr daran erinnern, ob er sinngemäß gesagt habe, daß die (gemeint die in Rede stehenden Ausländer) dieselben Arbeiten wie 'unsere Leute' machen würden. In Bezug auf den Zeugen S entstand jedoch ebenso wie im Zuge der Einvernahme des Zeugen E der Eindruck, daß beide - wohl im Hinblick auf ihr Beschäftigungsverhältnis beim Berufungswerber - bestrebt waren, keine für diesen nachteilige Aussagen zu tätigen. So wußte Mag. Z etwa anzugeben, E hätte ihm anlässlich der Kontrolle mitgeteilt, daß er den Ausländern bzw. laut Anzeige C Anweisungen erteile und auch dessen Stunden für die Abrechnung aufschreibe und dieser S 70,- in der Stunde verdiene, was jedoch von E bestritten wurde, wobei dieser sogar angab, er könne sich wirklich nicht erinnern, ob er mit Mag. Z gesprochen habe. Im Hinblick auf die in der Anzeige angeführten detaillierten Angaben mißt die Berufungsbehörde diesbezüglich den Angaben des Mag. Z höhere Beweiskraft zu.

Sowohl die Erstbehörde als auch die Berufungsbehörde unternahmen mehrfach intensive Anstrengungen, die in Rede stehenden Ausländer einvernehmen zu können. Bezeichnenderweise teilten zwei der Ausländer einen Tag vor der mündlichen Berufungsverhandlung am 30.10.1997 der Berufungsbehörde per Telefax mit, daß sie sich aus familiären Gründen über Allerheiligen in Bosnien aufhalten würden und daher an der mündlichen Verhandlung nicht teilnehmen könnten. In weiterer Folge stellte sich heraus, daß nicht nur M sondern auch C unbekannten Aufenthaltes sind und sich jedenfalls nicht in Österreich aufhalten. In Bezug auf B kam hervor, daß dieser im Burgenland einen Arbeitsunfall erlitt und aufgrund seines Gesundheitszustandes nicht in der Lage ist, einer Ladung zu einer mündlichen Berufungsverhandlung nachzukommen. Die Einvernahme dieser Zeugen durch die Berufungsbehörde erwies sich daher als unmöglich.

Die Einvernahme des Steuerberaters Dr. J erwies sich als nicht erforderlich, dies im Hinblick auf die in Vorlage gebrachten Ablichtungen der Abgabenerklärungen samt Beilagen sowie die Aufstellung in Bezug auf die Verteilung der Umsätze. Darüber hinaus kommt es im gegenständlichen Verfahren entscheidungswesentlich darauf an, welche Tätigkeiten seitens der Ausländer auf den Baustellen tatsächlich ausgeübt wurden. Der diesbezügliche Beweisantrag war daher abzuweisen."

In rechtlicher Sicht kam die belangte Behörde im wesentlichen gestützt auf § 2 Abs. 4 Z. 1 AusIBG zum Ergebnis, die spruchgegenständlichen Ausländer hätten Tätigkeiten verrichtet, welche typischerweise im Rahmen eines Dienstverhältnisses erbracht würden. Auch ein zur Einkommensteuer veranlagter und nach dem GSVG versicherter ausländischer Gesellschafter, der Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringe, die typischerweise im Rahmen eines Dienstverhältnisses erbracht werden, bedürfte grundsätzlich einer Beschäftigungsbewilligung, weil der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit wesentliche Elemente eines Dienstverhältnisses aufweise. Es sprächen noch weitere im gesamten Verfahren hervorgekommene Indizien dafür, daß die Tätigkeit der Ausländer nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt den Charakter eines Dienstverhältnisses aufgewiesen habe. Die OEG habe zwar über ein Firmenfahrzeug verfügt, die Beschaffenheit ihrer Firmenräume im Betriebsgebäude der Firma H Holzbau ließen Zweifel in bezug auf die Eigenständigkeit dieses Unternehmens aufkommen, dies nicht zuletzt im Hinblick auf den Umstand, daß diese Räumlichkeiten nicht durch ein Firmenschild, sondern durch ein mit einem schwarzen Filzstift beschriftetes Blatt gekennzeichnet seien. Nach Angaben des Beschwerdeführers und des Steuerberaters sei der Gesellschaftsvertrag lediglich mündlich abgeschlossen worden und es bestehe somit keine gesicherte und

nachvollziehbare Grundlage in bezug auf die Rechte und Pflichten der Gesellschafter. Aus der Umsatzaufstellung sei zu entnehmen, daß mehr als 90 % der Umsätze als Subunternehmer der Firma H getätigten worden seien und somit ein Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem Beschwerdeführer bestehe. Es liege kein Feststellungsbescheid im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG vor. Im Hinblick auf das Inkrafttreten der genannten Bestimmung mit 1. August 1993 schränke die Berufungsbehörde die Tatzeit jedoch auf dieses Datum als Beginn der Tatzeit ein.

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 und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes BGBI. Nr. 218/1975 in der hier anzuwendenden Fassung der Nov. BGBI. Nr. 314/1994 (AuslBG) lauten:

"§ 2. (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. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder
2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25 %

Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag fest, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hierfür hat der Antragsteller zu erbringen."

Der Beschwerdeführer rügt als inhaltliche Rechtswidrigkeit, daß der Spruch des angefochtenen Bescheides § 44a VStG widerspreche, weil weder der Ort der Kontrolle noch die Beschäftigungsart im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG angeführt werde. Dieser Spruchfehler liegt nicht vor, weil die angelasteten Tathandlungen ausreichend konkret umschrieben wurden. Der Ort einer durchgeführten Kontrolle ist kein Tatbestandselement einer Übertretung des AuslBG. Als Tatort ist jener Ort anzusehen, an dem die Beschäftigung eingegangen wurde bzw. der Ort, von dem aus die erforderlichen Bewilligungen zu beantragen gewesen wären; dies ist in aller Regel der Sitz der Unternehmensleitung. Auch die Art der Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG stellt kein wesentliches Tatbestandsmerkmal der vorgeworfenen Übertretung dar (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 6. März 1997, Zl. 95/09/0342, vom 10. April 1997, Zl. 95/09/0354 ua).

Insofern der Beschwerdeführer die unterlassene Einvernahme der spruchgegenständlichen Ausländer rügt, so übersieht er, daß bereits die Behörde erster Instanz monatelange Anstrengungen samt dreimaliger Zwangsstrafenfestsetzungen in jeweils erhöhtem Ausmaß unternommen hat, um die Ausländer als Zeugen einzuvernehmen. Die Anstrengungen blieben jedoch erfolglos. Auch die belangte Behörde hat intensive Bemühungen unternommen (mehrzahlige Ladungen, Telefonate mit dem Beschwerdeführer und seinem Vertreter über Rückkehr bzw. tatsächlichen Aufenthalt der Zeugen, Anfragen an andere Behörden etc.) um diese Personen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung einzuvernehmen. Es stellte sich jedoch heraus, daß C und M nicht mehr in Österreich aufhältig sind und B nach einem Arbeitsunfall mit schwerer Verletzungsfolge aus gesundheitlichen Gründen den mehrfach erstreckten Ladungstermin (zuletzt für den 1. Juli 1998) nicht wahrnehmen konnte. Angesichts des mit Ablauf des 7. September 1995 drohenden Eintrittes der Strafbarkeitsverjährung und der lang andauernden Bemühungen der Behörden konnte die belangte Behörde zu Recht davon ausgehen, daß der Vernehmung des unmittelbaren Zeugen B das tatsächliche Hindernis der krankheitsbedingten Unerreichbarkeit entgegenstand.

Im übrigen gehen die Beschwerdeausführungen nicht dahin, daß die Ausländer keine Arbeitsleistungen für die M OEG erbracht hätten, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet würden, sondern lassen die Feststellung der belangten Behörde, die Ausländer hätten während der Tatzeiträume im wesentlichen Zimmermannsarbeiten durchgeführt, welche sich nicht von jenen Arbeiten unterscheiden, welche auch von Arbeitnehmern der Firma H Holzbau durchgeführt würden, unbekämpft.

Das Schwergewicht der Ausführungen des Beschwerdeführers geht dahin, die spruchgegenständlichen Ausländer

seien einer selbständigen und keiner arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit nachgegangen. Damit verkennt er die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs. 4 AuslBG. Der Beschwerdeführer behauptet weder, daß auf Antrag festgestellt worden sei, daß von den Ausländern ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch die ausländischen Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt werde, noch hat er einen derartigen Einfluß im Verwaltungsverfahren konkret dargelegt. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf eine Zeugenaussage des S ("Ich habe die drei Ausländer als eigene Gruppe angesehen. Sie haben ein eigenes Büro gehabt. Sie kamen und gingen, wann sie wollten. Auf der Bauhütte hatte die R OEG immer ein Firmenschild oben.") zeigt entgegen seiner Behauptung nicht auf, daß die persönlich haftenden ausländischen Gesellschafter wesentlichen Einfluß auf die Geschäftsführung (gewerberechtlicher Geschäftsführer war zudem der ebenfalls persönlich haftende Beschwerdeführer) tatsächlich persönlich ausgeübt hätten.

Die nach der Beschwerdeerhebung vorgenommene Vorlage des schriftlichen Gesellschaftsvertrages stellt sich angesichts des Vorbringens des Beschwerdeführers und seines Steuerberaters im Verwaltungsverfahren, es sei nur ein mündlicher Gesellschaftsvertrag geschlossen worden, als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unbeachtliche Neuerung dar (vgl. § 41 Abs. 1 VwGG).

Mangels der Behauptung eines im gegenständlichen Fall relevanten Beweisthemas ist auch die Ablehnung des Antrags auf Zeugeneinvernahme des Steuerberaters nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Auch die übrigen Beschwerdeaufführungen sind weder geeignet, die Beweiswürdigung der belangten Behörde zu erschüttern noch darzulegen, daß eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliege. Warum etwa ein Arbeitnehmer des Beschwerdeführers (E) eine "natürliche Scheu" gegenüber einem Kontrollorgan des Arbeitsinspektorates haben sollte und deshalb ohne Rücksprache "bei der Firmenleitung" keine Auskünfte über tatsächliche Umstände an einer Baustelle geben sollte, ist ohne nähere Ausführungen nicht nachvollziehbar, weil es sich hiebei keinesfalls um eine allgemein bekannte Erfahrung handelt. Dem Hinweis des Beschwerdeführers auf ein selbständiges Büro samt "Firmentafeln" der M OEG sind - abgesehen davon, daß auch hiemit die von der belangten Behörde festgestellten Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs. 4 AuslBG nicht widerlegt werden können - das Ergebnis der diesbezüglichen Erhebung vom 30. April 1997 und die dabei angefertigten Fotos entgegenzuhalten, welche Zweifel an der Eigenschaft dieses Raumes als Betriebsräumlichkeit der M OEG erwecken, wie die belangte Behörde richtig vermerkt.

Abschließend weist der Beschwerdeführer auf ein gegen ihn unter der Aktenzahl A 967/91 von der Bezirkshauptmannschaft Lienz durchgeführtes Verwaltungsstrafverfahren hin, welches mit Einstellung geendet habe. Abgesehen davon, daß es sich bei den Tatzeiten um solche handelt, welche nicht mit den im gegenständlichen Fall angelasteten Tatzeiten übereinstimmen, ist der Ausgang dieses Verfahrens schon angesichts der mit BGBl. Nr. 502/1993 vorgenommenen Einfügung des § 2 Abs. 4 AuslBG irrelevant.

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

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 10. März 1999

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1999:1998090289.X00

Im RIS seit

20.11.2000

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