

TE Vwgh Erkenntnis 2009/11/9 2009/09/0201

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.11.2009

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E1T;
E3R E05100000;
E6j;
59/04 EU - EWR;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

11997E039 EG Art39;
11997E040 EG Art40;
11997E049 EG Art49;
11997E050 EG Art50;
12003T/TXT Beitrittsvertrag Europäische Union Anh12;
12003TN10/01 Beitrittsvertrag Ungarn - 1/Freizügigkeit Art24;
31968R1612 Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft;
62007CJ0161 Kommission / Österreich;
AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §3 Abs1;
AuslBG §32a;
EURallg;
1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007

10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

1. AuslBG § 32a gültig von 01.07.2020 bis 30.06.2020 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 98/2020

2. AuslBG § 32a gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
3. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
4. AuslBG § 32a gültig von 18.04.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
5. AuslBG § 32a gültig von 01.05.2011 bis 17.04.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
6. AuslBG § 32a gültig von 01.09.2009 bis 30.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
7. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2007 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2006
8. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
9. AuslBG § 32a gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2009/09/0200 E 14. Oktober 2011

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 KG in A, vertreten durch Dr. Michael Schneditz-Bolfras, Dr. Fritz Vierthaler und Dr. Christoph Mizelli, Rechtsanwälte in 4810 Gmunden, Marktplatz 16, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 17. Juli 2009, Zl. VwSen-251876/67/Fi/FS, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), 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 Bescheid der belangten Behörde vom 17. Juli 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher der P GmbH mit dem Sitz in G zu verantworten, dass von dieser Gesellschaft die sechs namentlich genannten polnischen und ein ungarischer Staatsbürger Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 17. Juli 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß Paragraph 9, VStG Verantwortlicher der P GmbH mit dem Sitz in G zu verantworten, dass von dieser Gesellschaft die sechs namentlich genannten polnischen und ein ungarischer Staatsbürger

1.) BB vom 14. Mai 2007 bis 14. Juni 2007, 2.) HS vom 24. April 2007 bis 14. Juni 2007, 3.) HK vom 17. April 2007 bis 15. Mai 2007, 4.) KT am 14. Juni 2007, 5.) KG vom 14. Mai 2007 bis 15. Mai 2007, 6.) NM vom 13. Juni 2007 bis 14. Juni 2007 und

7.) SR vom 15. Mai 2007 bis 14. Juni 2007 auf einer Baustelle in Z als Bauhilfsarbeiter beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch sieben Übertretungen gemäß §§ 3 Abs. 1 iVm 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG begangen. Es wurden sieben Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 91 Stunden) verhängt. Der Beschwerdeführer habe dadurch sieben Übertretungen gemäß Paragraphen 3, Absatz eins, in Verbindung mit 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG begangen. Es wurden sieben Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 91 Stunden) verhängt.

Aus dem angefochtenen Bescheid und dem vorgelegten Verwaltungsakt ergibt sich, dass die M Ltd. (mit Sitz in Großbritannien) sechs polnische und eine ungarische Arbeitskraft an die M GmbH (mit Sitz in Österreich) anscheinend überlassen habe. Im vorliegenden Beschwerdefall sei die M GmbH in Österreich für die P GmbH (mit Sitz in Österreich) als Auftraggeber tätig geworden. Es gehe im gegenständlichen Fall ausschließlich um die Frage, wie das Verhältnis zwischen der M GmbH und der P GmbH zu beurteilen sei.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach Darstellung des Ganges des Verwaltungsverfahrens und Hinweis auf die durchgeführte mündliche Berufungsverhandlung aus, sie gehe von folgendem Sachverhalt aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Der (Beschwerdeführer) ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH, deren Betriebssitz sich in G befindet. Die Geschäftstätigkeit dieser GmbH bezieht sich auf Trockenbauleistungen, worunter die Herstellung von Gipskartonzwischenwänden und abgehängten Decken in Gebäuden zu verstehen ist.

Im Jahr 1994 vereinbarte der (Beschwerdeführer) mit dem Geschäftsführer KP eine interne Aufgabenverteilung, wonach dieser für Abgabenangelegenheiten sowie Behördenkontakte und der (Beschwerdeführer) für den Verkauf zuständig ist. Ein Nachweis über das Bestehen dieser Vereinbarung wurde nicht vorgelegt.

Am 7. Juli 2005 vereinbarte die P GmbH mit der M GmbH, einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen 'Rahmenvertrag betreffend Werkverträge für Trockenbauleistungen' betreffend zukünftige 'Projektbezogene Werkverträge für Trockenbauleistungen', wobei nach Punkt 2 der Auftragnehmer völlig weisungsungebunden ist, jedoch in sachlicher Hinsicht die Anweisungen zu befolgen hat, die zur Koordination der Gewerkerstellung mit anderen Professionisten und zur Sicherstellung der Qualität des Gewerkes und der Ausführungsbestimmungen erforderlich sind. Unter Punkt 3. wurde u. a. ausgeführt, dass die konkrete Beauftragung ausschließlich durch projektbezogene Werkverträge für Trockenbauleistungen mit Bezug auf das Leistungsverzeichnis eines konkreten Bauprojekts und auf die technisch-rechtlichen Vertragsbedingungen der Bauherrenschaft erfolgt. Unter Punkt 17. wird festgelegt, dass die Weitergabe eines gesamten Werkauftrages oder von Teilen eines Auftrages der ausdrücklichen Zustimmung durch den Auftraggeber bedarf.

Die M GmbH war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmenvertrages Inhaberin zweier Gewerbeberechtigungen lautend auf 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten, unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit' und auf 'Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertigbezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen'.

Für die von den Arbeitskräften der M GmbH durchgeführten Arbeiten - das Montieren von Aluprofilen und von Gipskartonplatten - verfügte die M GmbH im Tatzeitpunkt allerdings nicht über die erforderliche Gewerbeberechtigung.

Ein Mitarbeiter der P GmbH, JB, traf für diese mit der M GmbH eine als 'Werkvertrag für Trockenbauleistungen' bezeichnete Vereinbarung betreffend das Bauvorhaben 'E' mit folgendem Text:

'Der Auftraggeber (P GmbH) beauftragt hiermit den Auftragnehmer (M GmbH) in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu

den Bedingungen des Rahmenvertrages vom (keine Einfügung)

und zu nachfolgend angeführten Bedingungen mit der Ausführung von Trockenbauleistungen laut übergebenem Leistungsverzeichnis Trockenbau entsprechend den Positionen laut L.V bis laut LV. des Leistungsverzeichnisses mit einer Auftragssumme von ca. EUR78.000,- Netto.

Ausführungsfristen, Vertragsabwicklung, Pönale und Schadenersatz:

Die Montage beginnt am KW. 3 und ist bis KW 36 fertig zu stellen. Pönale bei Überschreitung der vereinbarten Ausführungsfristen oder bekanntgegebenen Zwischenterminen pro Überschreitungstag laut Rahmenvertrag EUR 110,- (in Worten: Euro einhundertzehn).'

Bei der im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses genannten Baustelle in Z handelte es sich um eine Baustelle der P GmbH.

Zwar wurden die Baubereiche grundsätzlich zwischen der P GmbH und der M GmbH aufgeteilt, innerhalb dieser Trennung fungierte JB jedoch auch für die Arbeiter der M GmbH und wies den zur Baustelle kommenden Arbeitern aufgrund der zeitlichen Erfordernisse der gesamten Bauabwicklung ihren konkreten Arbeitsbereich zu, allenfalls unter Überreichung eines Bauplanes. Er kontrollierte die Arbeitsausführungen in fachlicher Hinsicht und ordnete erforderlichenfalls umgehend die nötigen Ausbesserungsarbeiten in Form von Arbeitsanweisungen an. Er verwaltete zudem die gesamte Materialausgabe an die Arbeiter.

Die Arbeit der von der M GmbH überlassenen ausländischen Arbeitskräfte bestand hauptsächlich im Montieren von Aluprofilen, im Verschrauben von Gipskartonplatten und im Verspachteln bereits vormontierter Wände.

Das für die Arbeit der überlassenen ausländischen Arbeitskräfte erforderliche Material kam ausschließlich von der P GmbH, das Werkzeug wurde von den Arbeitern beigestellt.

Die P GmbH beschäftigte auf diese Weise die von der M GmbH überlassenen polnischen Staatsangehörigen BB vom 14. Mai 2007 bis 14. Juni 2007, HS vom 24. April 2007 bis 14. Juni 2007, HK vom 17. April 2007 bis 15. Mai 2007, KT vom 14. Juni 2007 bis 14. Juni 2007, KG vom 14. Mai 2007 bis 15. Mai 2007 und NM vom 13. Juni 2007 bis 14. Juni 2007 sowie den ungarischen Staatsangehörigen SR vom 15. Mai 2007 bis 14. Juni 2007 als Bau(hilfs)arbeiter, ohne dass für diese Beschäftigung arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen vorlagen.

Ein funktionierendes Kontrollsystem zur Verhinderung von Verstößen gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz lag in der P GmbH nicht vor."

Anschließend legte die belangte Behörde ihre detaillierten Erwägungen zur Beweiswürdigung dar. Nach Wiedergabe der relevanten Gesetzesstellen führte die belangte Behörde aus:

"Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem Urteil vom 27. März 1990, *Rush Portuguesa Lda gegen Office national d'immigration* (Rechtssache C 113/89, Slg. 1989, I 1417), folgende für die vorliegende Verwaltungsstrafsache wesentliche Aussagen getroffen:

'16 Da der Begriff der Dienstleistungen, wie ihn Artikel 60 EWG-Vertrag näher bestimmt, jedoch Tätigkeiten höchst unterschiedlicher Natur umfasst, braucht das Ergebnis nicht in allen Fällen das gleiche zu sein. Insbesondere ist in Übereinstimmung mit der französischen Regierung anzuerkennen, daß ein Unternehmen, das Dritten Arbeitskräfte überlässt, zwar Erbringer von Dienstleistungen im Sinne des Vertrages ist, jedoch Tätigkeiten ausübt, die gerade darin bestehen, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmenmitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen. In einem derartigen Fall stünde Artikel 216 der Beitrittsakte der Überlassung von Arbeitnehmern aus Portugal an Dritte durch ein Dienstleistungen erbringendes Unternehmen entgegen.

17 Diese Feststellung berührt jedoch in keiner Weise das Recht desjenigen, der in der Bauwirtschaft Dienstleistungen erbringt, mit seinem eigenen Personal für die Dauer der von ihm vorzunehmenden Arbeiten aus Portugal einzureisen. Die Mitgliedstaaten müssen indessen in der Lage sein zu prüfen, ob ein mit Bauarbeiten befasstes portugiesisches Unternehmen den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck nützt, zum Beispiel dazu, sein Personal kommen zu lassen, um unter Verletzung von Artikel 216 der Beitrittsakte Arbeitnehmer zu vermitteln oder Dritten zu überlassen. Bei solchen Kontrollen sind jedoch die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen zu beachten, wie sie sich insbesondere aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, der nicht illusorisch gemacht und dessen Ausübung nicht dem Ermessen der Verwaltung unterworfen werden darf.'

Diese Aussagen des EuGH lassen sich dergestalt auf die vorliegende Verwaltungsstrafesache übertragen, dass die M Ltd. durch die Überlassung von ungarischen und polnischen Arbeitskräften an österreichische Unternehmen (sei es die M GmbH oder sei es die P GmbH) zwar grundsätzlich Dienstleistungen im Sinne des Vertrages erbringt; allerdings werden dadurch dem österreichischen Arbeitsmarkt ausländische Arbeitnehmer zugeführt.

Dem steht jedoch Punkt 1.1. iVm Punkt 1.2. des Anhanges X der Beitrittsakte Ungarn und Punkt 2.1. iVm Punkt 2.2. des Anhanges XII der Beitrittsakte Polen entgegen. Diese zeitlich befristeten Übergangsbestimmungen ermöglichen es Österreich, den Zugang ungarischer und polnischer Arbeitskräfte zum österreichischen Arbeitsmarkt zu beschränken. Dem steht jedoch Punkt 1.1. in Verbindung mit Punkt 1.2. des Anhanges römisch zehn der Beitrittsakte Ungarn und Punkt 2.1. in Verbindung mit Punkt 2.2. des Anhanges römisch zwölf der Beitrittsakte Polen entgegen. Diese zeitlich befristeten Übergangsbestimmungen ermöglichen es Österreich, den Zugang ungarischer und polnischer Arbeitskräfte zum österreichischen Arbeitsmarkt zu beschränken.

Es handelt sich also bei der Arbeitskräfteüberlassung zwar an sich um einen Dienstleistungssektor, der grundsätzlich in den Genuss der Dienstleistungsfreiheit kommt, jedoch - sofern wie im vorliegenden Fall ungarische oder polnische Arbeitskräfte an österreichische Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen werden -

nationalen Einschränkungen (hier: des Ausländerbeschäftigungsgesetzes) unterliegen kann.

Dadurch wird - wie der EuGH in der Rz 17 des genannten Urteiles zum Ausdruck gebracht hat - das Recht desjenigen,

der in der Bauwirtschaft Dienstleistungen erbringt, mit seinem eigenen Personal für die Dauer der von ihm vorzunehmenden Arbeiten etwa aus dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland einzureisen, in keiner Weise berührt.

...

Von entscheidender Bedeutung für die gegenständliche Verwaltungsstrafsache ist die Frage, ob die M GmbH - wie der (Beschwerdeführer) behauptet - als Subunternehmen der P GmbH angesehen werden kann oder ob in Wahrheit - das heißt nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt - eine Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 4 AÜG vorliegt. Eine solche Arbeitskräfteüberlassung ist jedenfalls gegeben (VwGH 04.09.2006, 2005/09/0068), wenn einer der alternativen, in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG demonstrativ aufgezählten Tatbestände verwirklicht ist: Von entscheidender Bedeutung für die gegenständliche Verwaltungsstrafsache ist die Frage, ob die M GmbH - wie der (Beschwerdeführer) behauptet - als Subunternehmen der P GmbH angesehen werden kann oder ob in Wahrheit - das heißt nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt - eine Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des Paragraph 4, AÜG vorliegt. Eine solche Arbeitskräfteüberlassung ist jedenfalls gegeben (VwGH 04.09.2006, 2005/09/0068), wenn einer der alternativen, in Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, bis 4 AÜG demonstrativ aufgezählten Tatbestände verwirklicht ist:

Im vorliegenden Fall haben die Arbeitskräfte der M GmbH (bzw. der M Ltd.) ihre Arbeitsleistung unstrittig im Betrieb des Werkbestellers, nämlich auf der betreffenden Baustelle der P GmbH in Z (vgl. die Aussage des Geschäftsführers KP in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 5), in Erfüllung eines (zumindest seiner äußeren Erscheinungsform nach) 'Werkvertrages' erbracht (VwGH 22.02.2006, 2002/09/0163). Im vorliegenden Fall haben die Arbeitskräfte der M GmbH (bzw. der M Ltd.) ihre Arbeitsleistung unstrittig im Betrieb des Werkbestellers, nämlich auf der betreffenden Baustelle der P GmbH in Z vergleiche die Aussage des Geschäftsführers KP in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 5), in Erfüllung eines (zumindest seiner äußeren Erscheinungsform nach) 'Werkvertrages' erbracht (VwGH 22.02.2006, 2002/09/0163).

Nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Erstbehörde haben die angetroffenen Arbeiter der M GmbH (bzw. der M Ltd.) ausschließlich mit dem Material gearbeitet, das durch die P GmbH zur Verfügung gestellt wurde. Dieser Umstand wurde sogar durch den Geschäftsführer KP selbst bestätigt, indem er erklärte, dass bei Trockenbauarbeiten 'nur der Lohnanteil vergeben wird, nie das Material'. (vgl. seine Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 5). Weiters führte die Erstbehörde zutreffend aus, dass - selbst wenn das Werkzeug von den angetroffenen, im Spruch genannten Arbeitern zur Baustelle mitgebracht worden sei - der Werkzeugaufwand bei Trockenarbeiten ein sehr geringer sei. Damit steht fest, dass die überlassenen Arbeitskräfte die Arbeit insbesondere vorwiegend mit Material der P GmbH leisteten (hinsichtlich der Überlegungen des VwGH zu den Regeln des 'beweglichen Systems' vgl. VwGH 06.03.2008, 2007/09/0233). Damit ist auf jeden Fall der Tatbestand des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG verwirklicht. Nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Erstbehörde haben die angetroffenen Arbeiter der M GmbH (bzw. der M Ltd.) ausschließlich mit dem Material gearbeitet, das durch die P GmbH zur Verfügung gestellt wurde. Dieser Umstand wurde sogar durch den Geschäftsführer KP selbst bestätigt, indem er erklärte, dass bei Trockenbauarbeiten 'nur der Lohnanteil vergeben wird, nie das Material'. vergleiche seine Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 5). Weiters führte die Erstbehörde zutreffend aus, dass - selbst wenn das Werkzeug von den angetroffenen, im Spruch genannten Arbeitern zur Baustelle mitgebracht worden sei - der Werkzeugaufwand bei Trockenarbeiten ein sehr geringer sei. Damit steht fest, dass die überlassenen Arbeitskräfte die Arbeit insbesondere vorwiegend mit Material der P GmbH leisteten (hinsichtlich der Überlegungen des VwGH zu den Regeln des 'beweglichen Systems' vergleiche VwGH 06.03.2008, 2007/09/0233). Damit ist auf jeden Fall der Tatbestand des Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG verwirklicht.

Überdies wurden die überlassenen Arbeitskräfte auf der Baustelle der P GmbH in Z dazu eingesetzt, um Wände zu errichten (ursprünglich auch um die notwendigen Spachtelarbeiten durchzuführen). Soweit erkennbar handelt es sich dabei um einen von mehreren Arbeitsschritten (vgl. die Aussage des Zeugen JB, TBP Seite 5), die zur Fertigstellung der von der P GmbH durchzuführenden Trockenbauarbeiten erforderlich waren. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die überlassenen Arbeitskräfte damit ein von den Dienstleistungen der P GmbH abweichendes, unterscheidbares und der M GmbH (bzw. der M Ltd.) zurechenbares Werk hergestellt oder an dessen Herstellung mitwirkt hätten. Darüber hinaus unterstanden die überlassenen Arbeitskräfte der Fachaufsicht durch einen Mitarbeiter der P GmbH: es erfolgte eine direkte Vor-Ort-Kontrolle, dh die Arbeitsergebnisse der überlassenen Arbeitskräfte wurden unmittelbar - zumindest einmal wöchentlich - kontrolliert, allfällige Mängel festgestellt und deren Behebung konnte allenfalls sofort veranlasst

werden (vgl. die Aussage des JB vom 14. Juni 2007; der Geschäftsführer KP sprach in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 4, von 'Qualitätskontrollen'), was ein deutliches Indiz für die Weisungsgebundenheit der überlassenen Arbeitnehmer ist (vgl. zur rechtlichen Möglichkeit zur Erteilung von Weisungen insbesondere den Punkt 2 des 'Rahmenvertrages' vom 7. Juli 2005, wonach der Auftragnehmer zwar völlig weisungsungebunden sei, jedoch in sachlicher Hinsicht die Anweisungen zu befolgen habe, die zur Koordination der Gewerkerstellung mit anderen Professionisten und zur Sicherstellung der Qualität des Gewerkes und der Ausführungsbestimmungen erforderlich seien). Daraus kann wiederum der Schluss gezogen werden, dass die M GmbH (bzw. die M Ltd.) als Werkunternehmerin nicht für den Erfolg der Werkleistung haftete. Wäre nämlich eine solche Haftung in rechtlicher Hinsicht tatsächlich gegeben bzw. faktisch möglich gewesen, wären laufende Kontrollmaßnahmen durch einen Mitarbeiter der P GmbH wohl nicht erforderlich gewesen. Überdies wurden die überlassenen Arbeitskräfte auf der Baustelle der P GmbH in Z dazu eingesetzt, um Wände zu errichten (ursprünglich auch um die notwendigen Spachtelarbeiten durchzuführen). Soweit erkennbar handelt es sich dabei um einen von mehreren Arbeitsschritten vergleiche die Aussage des Zeugen JB, TBP Seite 5), die zur Fertigstellung der von der P GmbH durchzuführenden Trockenbauarbeiten erforderlich waren. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die überlassenen Arbeitskräfte damit ein von den Dienstleistungen der P GmbH abweichendes, unterscheidbares und der M GmbH (bzw. der M Ltd.) zurechenbares Werk hergestellt oder an dessen Herstellung mitwirkt hätten. Darüber hinaus unterstanden die überlassenen Arbeitskräfte der Fachaufsicht durch einen Mitarbeiter der P GmbH: es erfolgte eine direkte Vor-Ort-Kontrolle, dh die Arbeitsergebnisse der überlassenen Arbeitskräfte wurden unmittelbar - zumindest einmal wöchentlich - kontrolliert, allfällige Mängel festgestellt und deren Behebung konnte allenfalls sofort veranlasst werden vergleiche die Aussage des JB vom 14. Juni 2007; der Geschäftsführer KP sprach in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 4, von 'Qualitätskontrollen'), was ein deutliches Indiz für die Weisungsgebundenheit der überlassenen Arbeitnehmer ist vergleiche zur rechtlichen Möglichkeit zur Erteilung von Weisungen insbesondere den Punkt 2 des 'Rahmenvertrages' vom 7. Juli 2005, wonach der Auftragnehmer zwar völlig weisungsungebunden sei, jedoch in sachlicher Hinsicht die Anweisungen zu befolgen habe, die zur Koordination der Gewerkerstellung mit anderen Professionisten und zur Sicherstellung der Qualität des Gewerkes und der Ausführungsbestimmungen erforderlich seien). Daraus kann wiederum der Schluss gezogen werden, dass die M GmbH (bzw. die M Ltd.) als Werkunternehmerin nicht für den Erfolg der Werkleistung haftete. Wäre nämlich eine solche Haftung in rechtlicher Hinsicht tatsächlich gegeben bzw. faktisch möglich gewesen, wären laufende Kontrollmaßnahmen durch einen Mitarbeiter der P GmbH wohl nicht erforderlich gewesen.

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass auch die Tatbestände des § 4 Abs. 2 Z 1, 3 und 4 AÜG verwirklicht sind. Aus dem Gesagten wird deutlich, dass auch die Tatbestände des Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, 3, und 4 AÜG verwirklicht sind.

Letztlich spricht für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aber auch die Tatsache, dass die P GmbH mit der M GmbH einen 'Werkvertrag' abschloss, obwohl diese gar nicht über die notwendige Gewerbeberechtigung verfügte. Überdies erklärte der Geschäftsführer KP, dass Subunternehmer 'von uns nur dann herangezogen' würden, 'wenn wir mit unseren eigenen

Arbeitskräften ... nicht das Auslangen finden können', wobei

dieser Arbeitskräftemangel ebenfalls auf Arbeitskräfteüberlassung hindeutet (vgl. seine Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 5). Dieser Arbeitskräftemangel ebenfalls auf Arbeitskräfteüberlassung hindeutet vergleiche seine Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Februar 2009, TBP Seite 5).

Auch gelangte die Erstbehörde zu Recht zur Auffassung, dass im vorliegenden Fall Scheinkonstruktionen zur Umgehung des AuslBG gebildet worden seien. Schließlich hat etwa der Zeuge NM in seiner Einvernahme am 14. Juni 2007 angegeben, bei der polnischen Kirche in W erfahren zu haben, dass man in England zu Arbeitspapieren kommen könne, um in Österreich legal arbeiten zu können. Im April 2006 sei er nach England zur Firma M in London gefahren; dort habe man ihm englische Dokumente besorgt. Ohne in England gearbeitet zu haben, sei er nach Österreich zurückgekehrt und habe dann bei der Firma M zu arbeiten begonnen (ähnlich verhielt es sich im Übrigen beim Zeugen KT). Auch die anderen drei Polen seien ebenfalls gleich wieder nach Österreich zurückgekehrt, wobei er in England keinen polnischen Arbeiter kenne, der für die Firma M arbeite. Zumindest der Zeuge BB gab bei seiner Einvernahme am 15. Mai 2007 an, drei Wochen in England für die 'Firma M Limited' gearbeitet zu haben, bevor er sich

entschlossen habe, in Österreich für die 'Firma M' weiter zu arbeiten. Beim Zeugen HS beschränkte sich seine Tätigkeit für die Firma M Limited. in England auf einen Monat.

Der Erstbehörde ist daher nicht entgegen zu treten, wenn sie davon ausging, dass eine Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 4 AÜG vorlag, dass die überlassenen Arbeitskräfte eine beschäftigungsrechtlichen Bewilligung nach dem AuslBG benötigt hätten und dass der (Beschwerdeführer) damit § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG verletzt habe. Der Erstbehörde ist daher nicht entgegen zu treten, wenn sie davon ausging, dass eine Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des Paragraph 4, AÜG vorlag, dass die überlassenen Arbeitskräfte eine beschäftigungsrechtlichen Bewilligung nach dem AuslBG benötigt hätten und dass der (Beschwerdeführer) damit Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG verletzt habe.

Ob der (Beschwerdeführer) wusste, dass die M GmbH einen Teil der von ihr übernommenen Leistungen an die englische M Ltd. vergeben hatte - was er bestreitet -, ist dabei vor dem Hintergrund des § 4 Abs. 2 AÜG nicht von Bedeutung. Ebenso kann dem (Beschwerdeführer) Punkt 17 des 'Rahmenvertrages' vom 7. Juli 2005, wonach die Weitergabe eines gesamten Werkauftrages oder von Teilen eines Auftrages der ausdrücklichen Zustimmung durch den Auftraggeber bedürfe, im Verwaltungsstrafverfahren nicht zu Gute gehalten werden. Weder die angebliche Unkenntnis dieser Vorgänge, noch die mangelnde Zustimmung schließen die Strafbarkeit des (Beschwerdeführers) aus. Ob der (Beschwerdeführer) wusste, dass die M GmbH einen Teil der von ihr übernommenen Leistungen an die englische M Ltd. vergeben hatte - was er bestreitet -, ist dabei vor dem Hintergrund des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG nicht von Bedeutung. Ebenso kann dem (Beschwerdeführer) Punkt 17 des 'Rahmenvertrages' vom 7. Juli 2005, wonach die Weitergabe eines gesamten Werkauftrages oder von Teilen eines Auftrages der ausdrücklichen Zustimmung durch den Auftraggeber bedürfe, im Verwaltungsstrafverfahren nicht zu Gute gehalten werden. Weder die angebliche Unkenntnis dieser Vorgänge, noch die mangelnde Zustimmung schließen die Strafbarkeit des (Beschwerdeführers) aus.

Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses und in Anbetracht der einschlägigen Bestimmungen des AuslBG und des AÜG ist nicht zu erkennen, dass die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen, wie sie sich insbesondere aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, illusorisch gemacht oder dessen Ausübung dem Ermessen der Verwaltung unterworfen werden würde (vgl. dazu das bereits zitierte Urteil des EuGH vom 27. März 1990). "Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses und in Anbetracht der einschlägigen Bestimmungen des AuslBG und des AÜG ist nicht zu erkennen, dass die vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen, wie sie sich insbesondere aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, illusorisch gemacht oder dessen Ausübung dem Ermessen der Verwaltung unterworfen werden würde vergleiche dazu das bereits zitierte Urteil des EuGH vom 27. März 1990)."

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:

Gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung. Den Arbeitgebern gleichzuhalten ist gemäß § 2 Abs. 3 lit. c in diesen Fällen auch der Beschäftiger der überlassenen Arbeitskräfte, das ist nach § 3 Abs. 3 AÜG derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Litera e, AuslBG gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung. Den Arbeitgebern gleichzuhalten ist gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Litera c, in diesen Fällen auch der Beschäftiger der überlassenen Arbeitskräfte, das ist nach Paragraph 3, Absatz 3, AÜG derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

§ 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988 (AÜG), lautet: Paragraph 4, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988, (AÜG), lautet:

1. "(1) Absatz eins, Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
2. (2) Absatz 2, Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet."

1) Der Beschwerdeführer wendet zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit ein, es seien bereits im Jahre 1994 die "Agenden im Unternehmen" zwischen ihm und dem weiteren Geschäftsführer KP aufgeteilt worden. Er schließt sowohl sachliche als auch rechtliche Folgerungen an.

Dieses Vorbringen wurde bereits in dem den Beschwerdeführer betreffenden hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2008, ZI. 2008/09/0285, als ungeeignet für die Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit angesehen. Gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG wird auf die Begründung dieses Erkenntnisses verwiesen. Dieses Vorbringen wurde bereits in dem den Beschwerdeführer betreffenden hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2008, ZI. 2008/09/0285, als ungeeignet für die Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit angesehen. Gemäß Paragraph 43, Absatz 2, zweiter Satz VwGG wird auf die Begründung dieses Erkenntnisses verwiesen.

2) Dem Beschwerdeführer ist auf seinen auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Bezug nehmenden, offenbar die Dienstleistungsfreiheit für polnische Staatsangehörige ansprechenden gemeinschaftsrechtlichen Einwand zu antworten, dass diese Freiheit nur für Dienstleistungen als Selbständige gilt. Hinsichtlich der Merkmale etwa des AuslBG, des AÜG, der Gewerbeordnung etc. und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit besteht zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt (vgl. mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, ZI. 2008/09/0163). Damit erscheint es im vorliegenden Fall gleichgültig, ob z.B. ein Arbeitsvertrag, eine Beschäftigung oder Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne der inländischen Bestimmungen des AuslBG gegeben ist. Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor. 2) Dem Beschwerdeführer ist auf seinen auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Bezug nehmenden, offenbar die Dienstleistungsfreiheit für polnische Staatsangehörige ansprechenden gemeinschaftsrechtlichen Einwand zu antworten, dass diese Freiheit nur für Dienstleistungen als Selbständige gilt. Hinsichtlich der Merkmale etwa des AuslBG, des AÜG, der Gewerbeordnung etc. und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit besteht zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt vergleiche , mit näherer Begründung, auf die gemäß Paragraph 43, Absatz 2, zweiter Satz VwGG verwiesen wird, das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, ZI. 2008/09/0163). Damit erscheint es im vorliegenden Fall gleichgültig, ob z.B. ein Arbeitsvertrag, eine Beschäftigung oder Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne der inländischen Bestimmungen des AuslBG gegeben ist. Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor.

Die belangte Behörde ist aus den unter 3) näher dargestellten Gründen zu Recht von einer unmittelbaren Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte im Betrieb der P GmbH in einem Unterordnungsverhältnis ausgegangen.

Damit ist dem auf der Annahme einer selbständigen Tätigkeit jedes der Polen und des Ungarn aufgebauten Vorbringen zum Gemeinschaftsrecht (auch im Zusammenhang mit dem Urteil des EuGH vom 22. Dezember 2008, C-161/07) der Boden entzogen.

In diesem Erkenntnis hat der EuGH lediglich ausgesprochen, dass es gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, wenn die Eintragung bestimmter Gesellschaften, an denen Angehörige der neuen Mitgliedstaaten beteiligt sind, im Firmenbuch von der vorherigen Feststellung der Selbständigkeit durch das Arbeitsmarktservice oder von der vorherigen Vorlage eines Befreiungsscheines abhängig gemacht wird. Er hat aber ausdrücklich festgehalten, dass eine Überprüfung, ob bestimmte Tätigkeiten tatsächlich selbständig oder doch im Rahmen einer unselbständigen Beschäftigung ausgeübt

werden, zulässig ist (Rn. 40 des genannten Erkenntnisses). Damit verstößt es auch nicht gegen das Gemeinschaftsrecht, dass in jenen Fällen, in denen eine solche Überprüfung ergibt, dass in Wahrheit eine unzulässige unselbständige Beschäftigung vorliegt, eine Verwaltungsstrafe verhängt wird.

Soweit im angefochtenen Bescheid auf das Urteil des EuGH vom 27. März 1990, Zl. C-113/89, Rush Portuguesa Lda, Bezug genommen wird, ist darauf hinzuweisen, dass es im vorliegenden Fall nur um das Verhältnis zweier in Österreich ansässiger Unternehmen zueinander und um die Frage geht, ob das eine (in Österreich ansässige) Unternehmen dem anderen (auch in Österreich ansässigen) Unternehmen Arbeitskräfte überlassen hat. Es liegt daher kein grenzüberschreitender Sachverhalt vor.

Sollte das Vorbringen des Beschwerdeführers auch so zu verstehen sein, dass er auch eine unselbständige Tätigkeit der Polen und des Ungarn als nach dem Gemeinschaftsrecht zulässig erachtet haben will, so übersieht er Folgendes:

Polen und Ungarn sind auf Grund ihres Beitritts zum EG-Vertrag mit Wirksamkeit vom 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Gemeinschaft. Damit genießen mit dem Beitritt alle polnischen und ungarischen Staatsangehörigen (Unternehmen) grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Angehörigen der der EU bereits angehörenden Staaten, was insbesondere für das Recht auf Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 39 ff und 49 ff EGV) gilt. Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit laut Anhang XII Punkt II. Freizügigkeit (Polen) bzw. Anhang X Punkt I. Freizügigkeit (Ungarn), der Liste nach Artikel 24 der Beitrittsakte schränken in ihren Z. 2 bis 14 dieses grundsätzliche Recht auf Freizügigkeit aber - zeitlich gestaffelt (2 plus 3 plus 2 Jahre) - ein. Nach Z. 2 werden abweichend von den Art. 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und bis zum Ende eines Zeitraumes von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts die derzeitigen (alten) Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden, um den Zugang polnischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die derzeitigen Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Österreich hat durch die Einführung der Bestimmung des § 32a AuslBG von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, wonach eine unselbständige Tätigkeit von Polen und Ungarn in Österreich grundsätzlich den Bestimmungen des AuslBG unterliegt. Polen und Ungarn sind auf Grund ihres Beitritts zum EG-Vertrag mit Wirksamkeit vom 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Gemeinschaft. Damit genießen mit dem Beitritt alle polnischen und ungarischen Staatsangehörigen (Unternehmen) grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Angehörigen der der EU bereits angehörenden Staaten, was insbesondere für das Recht auf Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit (Artikel 39, ff und 49 ff EGV) gilt. Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit laut Anhang römisch zwölf Punkt römisch zwei. Freizügigkeit (Polen) bzw. Anhang römisch zehn Punkt römisch eins. Freizügigkeit (Ungarn), der Liste nach Artikel 24 der Beitrittsakte schränken in ihren Ziffer 2, bis 14 dieses grundsätzliche Recht auf Freizügigkeit aber - zeitlich gestaffelt (2 plus 3 plus 2 Jahre) - ein. Nach Ziffer 2, werden abweichend von den Artikel eins, bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und bis zum Ende eines Zeitraumes von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts die derzeitigen (alten) Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden, um den Zugang polnischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die derzeitigen Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Österreich hat durch die Einführung der Bestimmung des Paragraph 32 a, AuslBG von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, wonach eine unselbständige Tätigkeit von Polen und Ungarn in Österreich grundsätzlich den Bestimmungen des AuslBG unterliegt.

Im Sinne des Anhanges XII, II. Freizügigkeit (Polen) bzw. Anhang X Punkt I. Freizügigkeit (Ungarn), der Liste nach Im Sinne des Anhanges römisch zwölf, römisch zwei. Freizügigkeit (Polen) bzw. Anhang römisch zehn Punkt römisch eins. Freizügigkeit (Ungarn), der Liste nach

Artikel 24 der Beitrittsakte, Z. 3 betreffend die zweite Phase (Zeitraum 1. Mai 2006 bis Ende April 2009) hat Österreich der Kommission am 21. April 2006 mitgeteilt, dass es weiterhin zunächst bis zum 30. April 2009 die genannten Einschränkungen in vollem Umfang im gesamten Bundesgebiet anwenden will. Artikel 24 der Beitrittsakte, Ziffer 3, betreffend die zweite Phase (Zeitraum 1. Mai 2006 bis Ende April 2009) hat Österreich der Kommission am 21. April 2006 mitgeteilt, dass es weiterhin zunächst bis zum 30. April 2009 die genannten Einschränkungen in vollem Umfang im gesamten Bundesgebiet anwenden will.

3) Die belangte Behörde geht von der Anwendbarkeit des § 28 Abs. 7 AuslBG aus. Wird nach dieser Gesetzesstelle ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Baustellen eines Unternehmens angetroffen, die

im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist das Vorliegen einer nach dem AuslBG unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne Weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt. 3) Die belangte Behörde geht von der Anwendbarkeit des Paragraph 28, Absatz 7, AuslBG aus. Wird nach dieser Gesetzesstelle ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Baustellen eines Unternehmens angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist das Vorliegen einer nach dem AuslBG unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne Weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Im vorliegenden Fall wurden die Ausländer auf einer Baustelle der P GmbH in Z, somit in deren Betrieb, angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich ist.

Der Beschwerdeführer hat sich zusammengefasst damit verantwortet, dass die M GmbH als selbständiger Unternehmer einen Werkvertrag zu erfüllen gehabt hätte.

Dem Beschwerdeführer ist aus folgenden Gründen die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des § 28 Abs. 7 AuslBG nicht gelungen: Dem Beschwerdeführer ist aus folgenden Gründen die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des Paragraph 28, Absatz 7, AuslBG nicht gelungen:

Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG gilt unter anderem auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen (vgl. § 4 Abs. 1 AÜG). 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). Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinn des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG gilt unter anderem auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen (vergleiche Paragraph 4, Absatz eins, AÜG). Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf Paragraph 879, ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vergleiche das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN).

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN). Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen

Werkvertrag vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN).

Die belangte Behörde ging davon aus, dass die Bestimmungen in den vorgelegten Verträgen in der Praxis nicht "gelebt" wurden.

Die belangte Behörde stützte sich im Zusammenhang mit der Wertung des Vorbringens des Beschwerdeführers zu Recht nicht nur auf den vorgelegten "Vertrag", um den wahren wirtschaftlichen Gehalt zu ermitteln, sondern auf die in der mündlichen Verhandlung abgelegten Zeugenaussagen (etwa des Arbeiters JB der P GmbH). Danach hat dieser Arbeiter die Ausländer dauernd (zeitnah) hinsichtlich der Ausführung überwacht.

Der Beschwerdeführer ist an sein eigenes Vorbringen in der mündlichen Verhandlung und das seines Bediensteten JB sowohl in dessen in der mündlichen Verhandlung verlesenen Niederschrift vom 14. Juni 2007 als auch in der mündlichen Verhandlung zu erinnern, nachdem einerseits behauptet wurde, die Leistungen seien in einem Leistungsverzeichnis im Vorhinein festgestanden, andererseits hätten aber die darin enthaltenen Deckenherstellungen von zwei (an anderer Stelle vier) Arbeitnehmern der P GmbH selbst erbracht werden sollen. Schon deshalb liegt nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt kein im Vorhinein abgrenzbares, unterscheidbares Werk vor.

Es wurde den Ausländern ein Arbeitsabschnitt zugewiesen, welchen sie im ununterscheidbaren Zusammenwirken mit den übrigen Arbeitern der P GmbH auf der gegenständlichen Baustelle zu bearbeiten hatten (vgl. § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG). Ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zuzurechnendes Werk ist nicht hervorgekommen. Es wurde den Ausländern ein Arbeitsabschnitt zugewiesen, welchen sie im ununterscheidbaren Zusammenwirken mit den übrigen Arbeitern der P GmbH auf der gegenständlichen Baustelle zu bearbeiten hatten vergleiche Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, AÜG). Ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zuzurechnendes Werk ist nicht hervorgekommen.

Steht aber der konkrete Umfang des angeblichen "Werkes" nicht fest, fehlt es auch am gewährleistungstauglichen Erfolg der Werkleistung (vgl. § 4 Abs. 2 Z. 4 AÜG). Damit kann die Ansicht der belangten Behörde schon deshalb nicht als rechtswidrig angesehen werden, dass die Behauptung des Bestehens des behaupteten Werkvertrages nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspreche. Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass derartige einfache Hilfsarbeiten wie das Aufstellen von Zwischenwänden, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, ZI. 96/09/0183, mwN). Steht aber der konkrete Umfang des angeblichen "Werkes" nicht fest, fehlt es auch am gewährleistungstauglichen Erfolg der Werkleistung vergleiche , Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 4, AÜG). Damit kann die Ansicht der belangten Behörde schon deshalb nicht als rechtswidrig angesehen werden, dass die Behauptung des Bestehens des behaupteten Werkvertrages nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspreche. Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass derartige einfache Hilfsarbeiten wie das Aufstellen von Zwischenwänden, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, ZI. 96/09/0183, mwN).

Überdies hat die belangte Behörde auch zu Recht im Hinblick auf § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG einen weiteren wesentlichen Hinweis für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung darin erblickt, dass das Material, mit dem die Arbeiten verrichtet wurden, zur Gänze von der P GmbH stammte. Ihr ist auch darin beizupflichten, dass sie dem einfachen Handwerkzeug der Ausländer nur untergeordnete Bedeutung beigemessen hat. Überdies hat die belangte Behörde auch zu Recht im Hinblick auf Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG einen weiteren wesentlichen Hinweis für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung darin erblickt, dass das Material, mit dem die Arbeiten verrichtet wurden, zur Gänze von der P GmbH stammte. Ihr ist auch darin beizupflichten, dass sie dem einfachen Handwerkzeug der Ausländer nur untergeordnete Bedeutung beigemessen hat.

Wenn sich - wie im vorliegenden Fall - die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat (siehe die Aussage des JB), dann äußert sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers"), die der Beschwerdeführer nach den Feststellungen auch ausgeübt hat (vgl. z. B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, ZI. 2001/08/0026). Die nach den Angaben des Arbeiters JB der P GmbH ausgeübte begleitende

Fachaufsicht über die Polen geht über die bloße (abschließende) Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung bzw. bloße "Koordinationsaufgaben" hinaus. Es handelt sich dabei um eine die Arbeiten dauernd begleitende Kontrolle (§ 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG). Dass ein persönliches Weisungsrecht (Dienstaufsicht) nicht hervorgekommen ist, kann an der gegenständlichen Beurteilung als Arbeitskräfteüberlassung nichts ändern. Wenn sich - wie im vorliegenden Fall - die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat (siehe die Aussage des JB), dann äußert sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers"), die der Beschwerdeführer nach den Feststellungen auch ausgeübt hat (vergleiche z. B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026). Die nach den Angaben des Arbeiters JB der P GmbH ausgeübte begleitende Fachaufsicht über die Polen geht über die bloße (abschließende) Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung bzw. bloße "Koordinationsaufgaben" hinaus. Es handelt sich dabei um eine die Arbeiten dauernd begleitende Kontrolle (Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG). Dass ein persönliches Weisungsrecht (Dienstaufsicht) nicht hervorgekommen ist, kann an der gegenständlichen Beurteilung als Arbeitskräfteüberlassung nichts ändern.

Zuletzt deutet auch die Aussage des Geschäftsführers KP (mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2009, Protokoll Seite 5/7:

"Subunternehmer werden von uns nur dann herangezogen, wenn wir mit unseren eigenen Arbeitskräften aus Terminverzögerungen bei anderen Baustellen beispielsweise nicht das Auslangen finden können") auf dringenden Arbeitskräftebedarf zur Erfüllung des von der P GmbH übernommenen Auftrages und damit auf Arbeitskräfteüberlassung und nicht die im Vorhinein geplante Weitergabe eines konkreten Subauftrages.

Auch die weiteren von der belangten Behörde aufgezeigten Merkmale - diesbezüglich wird auf den oben wiedergegebenen Teil der Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen - weisen in Richtung Verwendung unselbständiger Arbeitskräfte.

Die belangte Behörde ist zu Recht von der Verwendung der Polen und des Ungarn als von der M GmbH überlassene Arbeitskräfte ausgegangen.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Wien, am 9. November 2009. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008, Wien, am 9. November 2009

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Verordnung Strafverfahren EURallg5/2 Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang, partielle Nichtanwendung von innerstaatlichem Recht EURallg1 Gemeinschaftsrecht Verordnung EURallg5

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2009090201.X00

Im RIS seit

15.12.2009

Zuletzt aktualisiert am

16.12.2011

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