jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2008/12/16 2008/09/0285

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.12.2008

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E2A Assoziierung Polen;
E2A E11401030;
E6J;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
40/01 Verwaltungsverfahren;
59/04 EU - EWR;
60/02 Arbeitnehmerschutz;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

Norm

11992E002 EGV Art2;
11992E048 EGV Art48;
11992E052 EGV Art52;
11997E002 EG Art2;
11997E039 EG Art39;
11997E043 EG Art43;
21993A1231(18) AssAbk Polen Art44 Abs3;
21993A1231(18) AssAbk Polen Art44 Abs4 lita Zi;
21993A1231(18) AssAbk Polen Art44 Abs4 litc;
61999CJ0268 Aldona Malgorzata Jany VORAB;
ABGB §1151;
ASVG §4 Abs1 Z1;
ASVG §4 Abs2;
AÜG §3 Abs3;
AÜG §4 Abs2 Z4;
AÜG §4;
AuslBG §2 Abs2 lite;
AuslBG §2 Abs3 litc;

AuslBG §28a Abs3 idF 1995/895;
EURallg;
VStG §31 Abs1;
VStG §32 Abs2;
VStG §32 Abs3;
VStG §9;

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 29. Juli 2008, Zl. VwSen-251727/43/Py/Jo, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 29. Juli 2008 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 die genannte Gesellschaft die ausländischen (polnischen) Staatsbürger 1.) HZ vom 16. Jänner 2006 bis 15. Februar 2006, 2.) KS vom 10. Februar 2006 bis 15. Februar 2006, 3.) SG vom 10. Februar 2006 bis 15. Februar 2006 und 5.) SP vom 8. Februar 2006 bis 15. Februar 2006 (der erstinstanzliche Bescheid wurde betreffend der Bestrafung 4.) SG behoben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich eingestellt) auf einer Baustelle in E als Bauhilfsarbeiter beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch vier Übertretungen gemäß §§ 3 Abs. 1 iVm 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG begangen. Es wurden zu 1.) eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,--, zu 2.), 3.) und 5.) je eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen zu 1.) von 34 Stunden, zu 2.), 3.) und 5.) von je 17 Stunden) verhängt.

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 Bw" (das ist der Beschwerdeführer) "ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma P GmbH. Die Geschäftstätigkeit der Firma bezieht sich auf Trockenbauleistungen, worunter die Herstellung von Gipskartonzwischenwänden und abgehängten Decken in Gebäuden zu verstehen ist.

Im Jahr 1994, in welchem die bis dahin als Einzelfirma geführte Baufirma P in eine GmbH umgewandelt wurde, vereinbarte der Bw mit dem Mitgeschäftsführer, Herrn KP, eine interne Aufgabenverteilung, wonach der Bw für den Verkauf, Herr KP für die Verwaltung, Organisation und Baustellenabwicklung zuständig ist.

Am 7. Juli 2005 vereinbarte die Firma P GmbH mit der Firma M GmbH, einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen 'Rahmenvertrag betreffend Werkverträge für Trockenbauleistungen' betreffend zukünftige 'Projektbezogene Werkverträge für Trockenbauleistungen', wobei unter Punkt 3. u.a. ausgeführt wurde, 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 Firma M GmbH war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmenvertrages Inhaberin einer Gewerbeberechtigung lautend auf 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten, unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit' und hatte zum damaligen Zeitpunkt rd. zehn ständige Mitarbeiter.

Zur Abwicklung eines von der Firma P GmbH übernommenen Bauauftrages betreffend die Erbringung der gesamten Trockenbauleistungen beim Bauvorhaben in E nahm die Firma P GmbH zunächst mit zwei eigenen Mitarbeitern, einer davon der als Vorarbeiter eingesetzte gebürtige Jugoslawe IS, die Arbeit auf der Baustelle auf. Insgesamt waren während der Bauzeit zwischen zwei und sechs bis acht Mitarbeiter der Firma P GmbH ständig auf der gegenständlichen Baustelle mit Trockenbauarbeiten beschäftigt.

Nachdem das zu verarbeitende Material in rascher Folge angeliefert wurde, setzte sich Herr IS mit dem für das gegenständliche Projekt zuständigen Bauleiter der Firma P GmbH, Herrn JB, in Verbindung und forderte zusätzliches Personal an. Herr JB traf dazu mit der Firma M GmbH zunächst am 12.09.2005 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 Trockenbauleistung laut übergebenem Leistungsverzeichnis STW-VSS-SCHACHT-F-90 entsprechend den Positionen 392101 I bis 392541 A des Leistungsverzeichnisses mit einer Auftragssumme von ca. 45.000 Euro Netto.

Ausführungsfristen, Vertragsabwicklung, Pönale und Schadenersatz:

Die Montage beginnt am KW 37 und ist bis zu KW 51 fertig zu stellen. Pönale bei Überschreitung der vereinbarten Ausführungsfristen oder bekanntgegebenen Zwischenterminen pro Überschreitungstag laut Rahmenvertrag EUR 110 (in Worten: Euro einhundertzehn).'

Am 10. Jänner 2006 wurde eine gleichlautende Vereinbarung zwischen der Firma P GmbH und der Firma M GmbH geschlossen, in der neuerlich als Leistungen Ständerwände, Vorsatzschalen und Schächte entsprechend den Positionen 392101 I bis 392541 A des Leistungsverzeichnisses mit einer Auftragssumme von 110.000 Euro festgelegt wurde und als Montagebeginn KW 37 und als Fertigstellungstermin KW-14-06 festgelegt wurde.

Von der Firma M GmbH wurden in der Folge teilweise eigene Arbeitnehmer zur Baustelle geschickt, teilweise wurden polnische Staatsangehörige als Arbeiter geschickt, die mit der Firma M GmbH eine als 'Werksvertrag-Subvertrag' bezeichnete undatierte 'Montagevereinbarung' betreffend das Bauvorhaben 'E' unter Beifügung eines bestimmten Bauteiles, z.B. 'BT2/2.OG' (siehe den im Akt einliegenden Vertrag mit Herrn ZH) oder englischsprachige Urkunden aufwiesen, wonach sie als Arbeitnehmer der Firma M Ltd., London, gemeldet sind (z.B. Herr SK), die wiederum mit der Firma M GmbH einen derartigen 'Werksvertrag-Subvertrag' betreffend das gegenständliche Bauvorhaben abgeschlossen hatte.

Zwar wurden die Baubereiche grundsätzlich zwischen der Firma P GmbH und der Firma M GmbH aufgeteilt, innerhalb dieser Trennung fungierte Herr IS jedoch auch für die Arbeiter der Firma M GmbH als Vorarbeiter und wies den zur Baustelle kommenden Arbeitern aufgrund der zeitlichen Erfordernisse der gesamten Bauabwicklung ihren konkreten Arbeitsbereich zu, allenfalls unter Überreichung eines Bauplanes. Er erteilte Arbeitsanweisungen, kontrollierte die Arbeitsausführungen in fachlicher Hinsicht und ordnete erforderlichenfalls umgehend die nötigen Ausbesserungsarbeiten an. Für Fragen in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit wandten sich die Arbeiter an ihn, er verwaltete die gesamte Materialausgabe an die Arbeiter und war für die Oberbauleitung und sonstigen auf der Baustelle tätigen Professionisten der für die Trockenbauleistungen zuständige Ansprechpartner, weshalb er auch deren Wünsche und Anordnungen unmittelbar an die betroffenen Arbeiter weitergab.

Die Arbeit der von der Firma M GmbH beigebrachten polnischen Staatsangehörigen bestand hauptsächlich im Montieren abgehängter Decken, Verspachteln bereits vormontierter Wände und in der Durchführung von Ausbesserungsarbeiten.

Zwei- bis dreimal wöchentlich kam ein Ansprechpartner der Firma M GmbH zur Baustelle, mit dem der Vorarbeiter IS hauptsächlich den zur Einhaltung des Terminplans notwendigen Personaleinsatz der nächsten Tage besprach.

Die Entlohnung der Arbeiter durch die Firma M GmbH erfolgte aufgrund eines vereinbarten m2-Preises innerhalb eines vereinbarten Leistungszeitraumes, der je nach Art der erbrachten Trockenbauleistung variierte.

Die Arbeiter fuhren in der Regel selbstständig zur Baustelle, allenfalls nutzten sie auch die Möglichkeit im Firmenbus der Firma M GmbH mitzufahren. Eine Bindung an tägliche Arbeitszeiten lag nicht vor, in zeitlicher Hinsicht waren sie nur an den vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt gebunden, dessen Einhaltung wesentlich für die Auszahlung der Entlohnung war.

Das für die Arbeit der polnischen Staatsangehörigen erforderliche

Material (Gipskartonwände, Spachtelmasse, Dübel etc.) kam ausschließlich

von der Firma P GmbH, das Werkzeug wurde teilweise von den Arbeitern (z.B. Spachteln, Elektroschrauber) beigestellt, teilweise von der Firma P GmbH (z.B. Bohrmaschinen). Die Arbeiter verwendeten erforderlichenfalls darüber hinaus bereits auf der Baustelle vorhandene Baustelleneinrichtungen (Gerüste bzw. Leitern).

Die Firma P GmbH beschäftigte auf diese Weise die von der Firma M GmbH überlassenen polnischen Staatsangehörigen

1.

HZ, geb. 1963, vom 16.01.2006 bis 15.02.2006

2.

KS, geb. 1959, vom 10.02.2006 bis 15.02.2006

3.

SG, geb. 1970, vom 10.02.2006 bis 15.02.2006

4.

SP, geb. 1971, vom 08.02.2006 bis 15.02.2006,

als Bau(hilfs)arbeiter, ohne dass für diese Beschäftigung arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen vorlagen.

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

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

"Eingangs ist festzuhalten, dass sich auf der gegenständlichen Baustelle während der gesamten Bauzeit - entgegen dem Berufungsvorbringen - auch Arbeiter der Firma P GmbH befanden. Dies ist auch insoweit von Bedeutung, als zwar grundsätzlich eine Abgrenzung der auf der Baustelle zu verrichtenden Arbeitsbereiche zwischen der Firma P GmbH und den Arbeitern der Firma M GmbH vereinbart wurde, der Vorarbeiter der Firma P GmbH aber offenbar hinsichtlich aller auf der Baustelle mit Trockenbauarbeiten beschäftigten Arbeiter Anordnungs- und Kontrollaufgaben wahrnahm und sich die Leistung der Firma M GmbH im Ergebnis als reine Personalbereitstellung darstellte.

Zu diesem Ergebnis kommt der erkennende Senat des Unabhängigen Verwaltungssenates im Wesentlichen durch folgende Merkmale der 'gelebte Praxis' auf der Baustelle:

-

Die Ausländer wurden aufgrund eines

Arbeitskräftemangels herangezogen;

-

Geschuldete Leistung der Firma M GmbH gegenüber dem Unternehmen des Bw war aufgrund der im Sachverhalt geschilderten Vorgänge rund um den Einsatz der polnischen Arbeitnehmer keine definierte Werkleistung sondern eine reine Arbeitsleistung innerhalb bestimmter Fristen, was insbesondere aus dem Umstand zu entnehmen ist, dass wesentlicher Inhalt der Vereinbarungen und Gespräche zwischen beiden Unternehmen immer wieder die Anzahl der erforderlichen Arbeiter war;

-

Die Firma M GmbH hatte zum Tatzeitpunkt keine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gewerbes Trockenbau.

- Die Arbeiten wurden auf einer Baustelle des

Berufungswerbers, sohin in seiner betrieblichen Sphäre durchgeführt;

- Die Leistungen der Ausländer sind ident mit

gleichartigen Betriebsergebnissen, welche im Betrieb des Bw

angestrebt werden;

- Eine konkrete Beschreibung der behaupteten

'Werkleistungen' auf vertraglicher Basis erfolgte nicht, die

ausländischen Arbeiter wussten im Vorhinein nicht über die

Baubereiche, in denen sie arbeiten mussten, Bescheid; vielmehr

wurden die zu erbringenden Arbeitsleistungen im Zuge des

Baufortschritts vom ständig auf der Baustelle anwesenden

Vorarbeiter der Firma P GmbH den Bauarbeitern aufgrund des

Arbeitsfortschrittes zugewiesen;

- Die Entlohnung der Ausländer erfolgte aufgrund einer

Mengenberechnung;

- Das verwendete Material wurde ausschließlich von der

Firma des Bw beigestellt, lediglich einfaches Werkzeug, wie es

sich üblicherweise im Besitz von Bauarbeitern befindet, brachten

diese bei;

- Der Vorarbeiter der Firma P GmbH kontrollierte die

Arbeiten regelmäßig, insbesondere im Rahmen der Zuteilung eines

neuen Baubereiches und ordnete erforderlichenfalls unmittelbar

Verbesserungsarbeiten an,

- Das erforderliche Material wurde vom Vorarbeiter der

Firma P GmbH direkt an die einzelnen Arbeiter ausgegeben,

- Als Ansprechpartner für die örtliche Bauleitung und

sonstigen Professionisten auf der Baustelle betreffend Trockenbauarbeiten trat der Vorarbeiter der Firma P GmbH auf, der auch diesbezügliche Anordnungen unmittelbar an die Arbeiter weitergab.

Diese Sachverhaltselemente sprechen in eindeutiger Weise für die Verwendung überlassener ausländischer Arbeitskräfte durch den Berufungswerber. Die übrigen Abgrenzungsmerkmale bewirken keine andere Beurteilung der Gesamtsituation.

Im Ergebnis steht für die erkennende Kammer des Unabhängigen Verwaltungssenates daher zweifelsfrei fest, dass die von den angetroffenen ausländischen Staatsangehörigen verrichteten Tätigkeiten auf der Baustelle in E unter Anleitung und Aufsicht des Vorarbeiters der Firma P GmbH erfolgte und - gemessen am wahren wirtschaftlichen Gehalt dieser Arbeit - keine selbständigen Tätigkeiten in Erbringung einer Verpflichtung aus deinem Werkvertrag vorlag. Die Firma M GmbH verfügte zum Zeitpunkt der Übernahme der vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Firma P GmbH offenbar gar nicht über eine Gewerbeberechtigung für die selbständige Erbringung von Trockenbauleistungen. Zudem war sie auch personell nicht dermaßen ausgestattet, dass sie einen selbstständigen Bauauftrag in diesem Umfang hätte abwickeln können, da nach Angaben des Vorarbeiters im Laufe der Zeit bis zu

'20 M Leute' (vgl. TBP 10.04.2008, S.7) auf der Baustelle waren, das Unternehmen zu diesem Zeitpunkt aber nicht annähernd eine so hohe Anzahl an Mitarbeitern aufwies. Zwar war in der Rahmenvereinbarung zwischen den Unternehmen P GmbH und M GmbH vereinbart, dass eine Weitergabe des Auftrages oder Teilen davon durch die Firma M GmbH an Subunternehmen der ausdrücklichen Zustimmung der Firma P GmbH bedarf, offenbar wurde diesem Vertragspunkt aber ebenso wenig Beachtung geschenkt wie dem Umfang der Gewerbeberechtigung, die die Firma M GmbH zum Tatzeitpunkt innehatte. Auch ist im Beweisverfahren nicht zu Tage getreten, dass Vertreter der Firma M GmbH eine - der Rolle des Poliers IS ähnliche - Stellung vor Ort gegenüber den ausländischen Arbeitnehmern ausübten, sondern ist allen diesbezüglichen Aussagen zu entnehmen, dass der Polier der Firma P GmbH eine laufende Kontrollfunktion wahrnahm, erforderlichenfalls (die teilweise einfache Tätigkeit, wie etwa reine Verspachtelungsarbeiten, konnten von den Arbeitern weitgehend ohne weitere Anweisungen erledigt werden) Arbeitsanweisungen gab und auch unmittelbaren Zugriff auf die ausländischen Arbeiter bzw. deren Tätigkeit ausübte."

Abschließend begründete die belangte Behörde das Verschulden und die Strafbemessung.

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

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.

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

"(1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(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) Vorweg ist dem Beschwerdeführer auf seinen unter "mangelnde Fairness des Verfahrens", offenbar aber die Dienstleistungsfreiheit für polnische Staatsangehörige ansprechenden Einwand, die Polen dürften ihre Tätigkeit unbeschränkt in Österreich ausüben, 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, Zl. 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) Es ist für die Anwendung der Bestimmungen des AuslBG entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers völlig belanglos, dass - wie er behauptet - am "Arbeitsmarkt keine freien Trockenbaumonteure vorhanden" seien und dass große Schwierigkeiten bei der Erteilung für "Arbeitsbewilligungen" bestünden. Auch die behaupteten "Verzahnungen" von Unternehmen auf einer "Großbaustelle" sind nicht geeignet, die Bestimmungen des AuslBG außer Kraft zu setzen.

3) Der Beschwerdeführer wendet sodann zur "Problematik Verfolgungsverjährung" ein, dass § 32 Abs. 3 erster Satz VStG verfassungswidrig sei. Denn gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK habe jeder Angeklagte das Recht, in möglichst

kurzer Frist in einer für ihn verständlichen Sprache, in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung in Kenntnis gesetzt zu werden. Er regt an, der Verwaltungsgerichtshof möge diese Gesetzesbestimmung beim Verfassungsgerichtshof anfechten.

Gemäß § 32 Abs. 3 erster Satz VStG gilt eine Verfolgungshandlung, die gegen einen zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) gerichtet ist, auch als Verfolgungshandlung gegen die anderen zur Vertretung nach außen Berufenen und die verantwortlichen Beauftragten.

Mit seinem Vorbringen verkennt der Beschwerdeführer den Sinn einer Verfolgungshandlung, denn mit dieser tritt lediglich der Wille der Behörde nach außen, eine Person wegen einer bestimmten Verwaltungsübertretung verfolgen zu wollen. Nach außen tritt dieser Wille, sobald das jeweilige Schreiben die Sphäre der verfolgenden Behörde verlassen hat (etwa durch Übergabe an die Post). Die Kenntnis des Beschuldigten von der Verfolgungshandlung ist für die Gültigkeit der Verfolgungshandlung dabei nicht erforderlich (wird z.B. ein Bescheid zur Post gegeben, erreicht den Beschuldigten aber aus unterschiedlichen Gründen nicht, ändert letzteres nichts an der Gültigkeit der Verfolgungshandlung (vgl. die in Hauer/Leukauf, Handbuch des Verwaltungsverfahrens6, Seite 1464, E 5 ff wiedergegebene hg. Rechtsprechung)). So gilt als Verfolgungshandlung z.B. auch die Vernehmung eines Zeugen (etwa die Zeugenvernehmung eines Meldungslegers, in der dieser ausdrücklich seine in der Anzeige gemachten Angaben aufrecht erhält, wenn in dieser Anzeige alle der späteren Bestrafung zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente enthalten waren (vgl. die in Hauer/Leukauf, aaO, Seite 1468, E 38 ff wiedergegebene hg. Rechtsprechung)) oder ein innerhalb der Frist des § 31 Abs. 2 VStG abgefertigtes Rechtshilfeersuchen (vgl. die in Hauer/Leukauf, aaO, Seite 1465, E 14 ff wiedergegebene hg. Rechtsprechung).

Die vom Beschwerdeführer geäußerten Bedenken treffen demnach nicht zu.

4) Der Beschwerdeführer rügt die örtliche Zuständigkeit der Behörde erster Instanz, weil als Tatort E genannt werde. Damit verkennt er, dass als Tatort im Spruch der Sitz der P GmbH in E genannt ist, was der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entspricht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Juni 2000, Zl. 2000/09/0016, mwN). Die im Spruch des Weiteren aufscheinende Baustelle in E ist demgegenüber bedeutungslos.

5) 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.

Die belangte Behörde hält dazu im angefochtenen Bescheid fest:

"Die Feststellungen, wonach die beiden handelsrechtlichen Geschäftsführer im Jahr 1994 eine interne Aufgabenverteilung vereinbarten, geht aus ihren Aussagen im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung hervor. Ihren Aussagen ist auch zu entnehmen, dass sich diese Vereinbarung nicht auf konkrete, räumlich oder sachliche Bereiche des Unternehmens bezog sondern nur die grundsätzlich zu erledigenden Aufgaben unter ihnen verteilt wurden, was letztlich auch (nur) in einem Organigramm festgehalten wurde und worüber keine gesonderte schriftliche Urkunde angefertigt wurde. Eine solche interne Aufgabenverteilung wurde offenbar zu diesem Zeitpunkt erforderlich, da das Unternehmen im Jahr 1994 von einer Einzelfirma in eine GmbH umgewandelt wurde."

Der Beschwerdeführer tritt diesen Ausführungen mit der Behauptung entgegen, es "wurde zwischen uns vereinbart, dass der Geschäftsführer KP insbesondere auch für die Einhaltung der Bestimmungen des Ausländergesetzes und die damit in Zusammenhang stehende strafrechtliche Haftung einzustehen" habe.

Sowohl die belangte Behörde als auch der Beschwerdeführer heben zu Recht hervor, dass es zur Wirksamkeit einer Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten dann nicht auf das mit BGBl. 1995/895 in § 28a Abs. 3 AuslBG normierte Einlangen der Bestellungsurkunde bei der zuständigen Behörde (vormals Arbeitsinspektorat, jetzt Abgabenbehörde) ankommt, wenn bereits vor Inkrafttreten dieser Norm eine wirksame Bestellung vorlag (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. September 2000, Zl. 2000/09/0084).

Doch auch für die Wirksamkeit einer Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten vor dem letztgenannten Zeitpunkt galt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass spätestens während des Verwaltungsstrafverfahrens bei der Behörde ein - aus der Zeit vor der Begehung der Übertretung stammender - Zustimmungsnachweis des verantwortlichen Beauftragten einlangen muss. Von einem aus der Zeit vor der Begehung der Verwaltungsübertretung stammenden Zustimmungsnachweis kann aber nur dann gesprochen werden, wenn ein

die Zustimmung zur Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten betreffendes Beweisergebnis schon vor der Begehung der Tat vorhanden war, etwa in Form einer entsprechenden Urkunde, aber auch einer Zeugenaussage u.dgl. (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. März 1994, Zl. 92/10/0481, mwN).

Im gegenständlichen Fall wurde die Zustimmung aber erst durch in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde abgelegte Zeugenaussagen vorgebracht. Der Zustimmungsnachweis stammt sohin nicht aus der Zeit vor der Begehung der Tat, weshalb für den gegenständlichen Fall keine wirksame Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit stattgefunden hat.

6) 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 Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

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

Der Beschwerdeführer hat sich zusammengefasst damit verantwortet, dass eine "Kette von Subunternehmerverträgen" (P GmbH mit M GmbH, diese mit den Polen) vorgelegen sei.

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

Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, dass den

"Subunternehmern ... jeweils Leistungsverzeichnisse und Pläne

übergeben" worden seien, "so dass Art und Umfang der Leistung von vornherein fest" gestanden seien, sowie dass die Polen "mit eigenem Werkzeug gearbeitet" hätten, entfernt er sich von den Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde. Damit wird aber nur eine Behauptung den Feststellungen der belangten Behörde gegenübergestellt, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, da die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nämlich nicht befugt, an die Stelle einer schlüssigen Beweiswürdigung der belangten Behörde eine andere, wenngleich ebenso schlüssige Beweiswürdigung zu setzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300).

Als (der Bewilligungspflicht unterworfenes) 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).

Die belangte Behörde ging davon aus, dass die Bestimmungen in den vorgelegten Werkverträgen 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 die vorgelegten "Verträge", um den wahren wirtschaftlichen Gehalt ("gelebte Praxis auf der Baustelle") zu ermitteln, sondern auf die in der mündlichen Verhandlung abgelegten Zeugenaussagen (etwa des Vorarbeiters der P GmbH und von arbeitend angetroffenen Polen). Danach hat der Vorarbeiter den Polen deren Arbeitsbereich zugewiesen und dauernd (zeitnah) hinsichtlich der Ausführung überwacht.

Damit wurde aber nicht ein im Vorhinein bestimmtes Werk von den Polen erbracht, sondern es wurde ihnen konkret ein Arbeitsabschnitt vom Vorarbeiter zugewiesen, welchen sie im 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.

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 der behaupteten "Werkvertragskette" 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, Zl. 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 und das Werkzeug zum bedeutenden Teil (Bohrmaschine von der P GmbH, lediglich Kleinwerkzeug von den Polen) von der P GmbH stammte.

Die nach den Angaben des Vorarbeiters der P GmbH und der als Zeugen einvernommenen polnischen Arbeiter vom Vorarbeiter ausgeübte detaillierte Fachaufsicht über die Polen geht weit über die bloße Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung bzw. bloße "Koordinationsaufgaben" (wie dies der Beschwerdeführer einzuschätzen versucht) hinaus, handelt es sich dabei doch um ein die Arbeiten konkret zuteilendes Weisungsrecht und 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.

Zuletzt deutet auch der vom Zeugen IS ausgeführte dringende Arbeitskräftebedarf (wegen rascher Materialanlieferung) zur Erfüllung des von der P GmbH übernommenen Auftrages auf Arbeitskräfteüberlassung.

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 daher zu Recht von der Verwendung der vier Polen als von der M GmbH überlassene Arbeitskräfte ausgegangen.

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. II Nr. 333/2003.

Wien, am 16. Dezember 2008

Gerichtsentscheidung

EuGH 61999J0268 Aldona Malgorzata Jany VORAB

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Auslegung Allgemein EURallg3

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2008090285.X00

Im RIS seit

03.02.2009

Zuletzt aktualisiert am

03.09.2015

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at