

TE Vwgh Erkenntnis 2008/11/20 2008/09/0174

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.11.2008

Index

E000 EU- Recht allgemein;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
50/01 Gewerbeordnung;
60/02 Arbeitnehmerschutz;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

ABGB §1151;
AÜG §4 Abs2 Z3;
AÜG §4;
AuslBG §2 Abs2 lite;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §3 Abs1;
EURallg;
GewO 1994 §1 Abs2;
GewO 1994 §1;
GewO 1994 §373a;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kühnberg, über die Beschwerde des MH in P, vertreten durch Mag. Michael Raffaseder, Rechtsanwalt in 4240 Freistadt, Hauptplatz 22, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 7. April 2008, Zl. VwSen-251598/64/Py/Da, 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 7. April 2008 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als der seit 8. Februar 2006 zur selbständigen Vertretung nach außen berufene handelsrechtliche Geschäftsführer der H GmbH mit dem Sitz in P zu verantworten, dass die genannte Gesellschaft die von der tschechischen Firma S s.r.o. überlassenen ausländischen (tschechischen) Staatsbürger HI jun. und HI sen. zumindest am 23. Jänner 2007 um 11.30 Uhr mit Trockenbauarbeiten auf der Baustelle in D beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch zwei Übertretungen gemäß §§ 3 Abs. 1 iVm 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a und 2 Abs. 2 lit. e AuslBG begangen. Es wurden zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.000,-

- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je drei Tagen) 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 H GmbH Trockenbau Stuck Akustik mit Sitz in P.

Zwischen der Firma H GmbH und der im Eigentum des Bw stehenden tschechischen Firma S s.r.o. wurde datiert mit 8. Jänner 2007 eine 'Nachunternehmer-Werkvertrag Rahmenvereinbarung' betreffend die Vergabe von Teilaufträgen zur Durchführung diverser Ausbauleistungen (wie Spachtelarbeiten, Isolier- und Dämmarbeiten usw.), die jeweils in einem Zusatzauftrag definiert werden, durch die H GmbH an die Firma S s.r.o. abgeschlossen.

Zwischen Herrn HI sen. (als 'Hersteller') und der Firma S s.r.o. (als 'Besteller') wurde in einem als 'Werkvertrag Nr. 46/2006' bezeichneten Vertrag vereinbart, dass Herr HI sen. in der Zeit von 7.8.2006 bis 7.2.2007 zu einem vereinbarten Stundenpreis von 220 CZK für 'Hilfsbauarbeiten im Einklang mit den Anweisungen für den Besteller, eventuell für seinen Vertragspartner', zur Verfügung steht. Mit Herrn HI jun. wurde ein gleichlautender Vertrag unter der Bezeichnung 'Werkvertrag Nr. 56/2006' für den Zeitraum 30.10.2006 bis 40.4.2007 und einem Stundenlohn von 210 CZK abgeschlossen. Während dieses vereinbarten Zeitraumes wurden die beiden tschechischen Staatsangehörigen vom Geschäftsführer der Firma S s.r.o. für Arbeitsleistungen an verschiedenen Baustellen, auch solche des Bw in Österreich, für Hilfsbauarbeiten eingeteilt.

Zur termingerechte Fertigstellung eines durch die Firma H GmbH übernommenen Bauauftrages betreffend den Trockenbau im Gesamtbereich des Bauvorhabens 'Fachmarktzentrum D' verwendete die Firma H GmbH am 23.1.2007 die beiden von der Firma S s.r.o. überlassenen tschechischen Staatsangehörigen HI jun., geb. am 21.4.1986 und HI sen., geb. am 7.9.1962, mit Bauhilfsarbeiten.

Die beiden tschechischen Staatsangehörigen fuhren dazu gemeinsam mit einem Mitarbeiter der Firma H GmbH vom Firmensitz in P in einem Firmenauto der Firma H GmbH zur Baustelle in D. Auf der Baustelle wurde ihnen vom Polier der Firma H GmbH ein Arbeitsbereich zugewiesen. Die beiden tschechischen Staatsangehörigen waren organisatorisch in den Arbeitsablauf der vor Ort tätigen Mitarbeiter der Firma H GmbH eingegliedert, ihre Arbeit wurde von dem auf der Baustelle tätigen Polier der Firma H GmbH kontrolliert.

Das für die Ausführung der Arbeit erforderliche Material (Rigipskartonplatten, Ständerprofile, Dämm-, Befestigungs- und Spachtelmateriale) wurde ihnen ebenso wie das erforderliche Werkzeug (Bohrmaschine, Bohrschrauber, Kleinwerkzeug) und die zur Ausführung erforderliche Hebebühne von der Firma H GmbH zur Verfügung gestellt.

Bei der am 23.1.2007 durch Beamte der Finanzverwaltung - KIAB auf der Baustelle des Fachmarktzentrums in D durchgeführten Kontrolle wurden die beiden tschechischen Staatsangehörigen beim Aufstellen von Rigipsplatten angetroffen. Es lagen keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen für die beiden Ausländer vor."

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

"Die beiden tschechischen Staatsangehörigen HI jun. und HI sen. wurden anlässlich der Kontrolle am 23.1.2007 auf der Baustelle des Bw in D angetroffen. Dass an der Baustelle auch von anderen Unternehmen Arbeiten verreichtet wurden, führt nicht dazu, dass deshalb keine auswärtige Arbeitsstelle des Unternehmens des Bw vorliegt (vgl. VwGH

vom 25.5.2004, 2001/09/0125). Dem Bw ist es nicht gelungen, die in § 28 Abs. 7 AuslBG aufgestellte gesetzliche Vermutung der unberechtigten Beschäftigung der beiden tschechischen Staatsangehörigen zu widerlegen.

Vorweg ist festzuhalten, dass es - um die Verwendung von ausländischen Arbeitskräften als Beschäftigung iSd § 3 Abs. 1 AuslBG zu qualifizieren - keinen Unterschied macht, ob derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, selbst Arbeitgeber der Ausländer ist, oder ob iSd § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG iVm dem AÜG die Verwendung überlassener Arbeitskräfte erfolgt. In beiden Fällen ist derjenige der die Arbeitskräfte verwendet, ohne dass dafür eine entsprechende arbeitsrechtliche Bewilligung vorliegt, wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a leg. cit. strafbar (vgl. VwGH vom 04.09.2006, Zl. 2006/09/0030).

...

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 10.03.1999, Zl. 98/09/0029 ausgesprochen, dass ein Vertragsverhältnis mit einem 'Subunternehmer' über die Erbringung von Innenverputzarbeiten (Maurerarbeiten) nichts daran ändern kann, dass eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte und nicht ein Werkvertragsverhältnis vorliegt, weil derartige einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, keine selbständiges Werk darstellen können. Da auch der als Arbeitgeber anzusehen ist, der im Rahmen des Dienstverhältnisses über die Arbeitskraft eines anderen verfügen kann, ist es unerheblich, ob Ausländer von einem Unternehmer als deren unmittelbarer Arbeitgeber oder bloß als Beschäftiger überlassener Arbeitskräfte verwendet werden. Mit Erkenntnis vom 21.10.1998, Zl. 96/09/0183, hat der VwGH ausgesprochen, dass einfache Hilfsarbeiten wie das Aufstellen von Zwischenwänden, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können, das von Subunternehmern erbracht wird, sodass sich die Feststellung erübrigt, welcher Firma die betroffenen Ausländer zuzuordnen sind, weil eine Bestrafung des Auftraggebers entweder als direkter Arbeitgeber oder als Beschäftiger überlassener Arbeitskräfte gleichermaßen gerechtfertigt ist.

Auch im vorliegenden Fall wurden die tschechischen Staatsangehörigen zu Bauhilfsarbeiten herangezogen, das Vorliegen eines selbständig von ihnen zu errichtenden Werkes ist daher bereits aus diesem Umstand zu verneinen und konnte im Verfahren auch nicht schlüssig dargelegt werden. Sowohl das verwendete Material als auch das dafür benötigte Werkzeug wurde den beiden tschechischen Staatsangehörigen vom Unternehmen des Bw zur Verfügung gestellt. Mit dem Vorbringen, dies sei aufgrund der erforderlichen Qualitätskriterien erfolgt, kann für den Bw nichts gewonnen werden, da auch einem ausländischen Werkvertragsnehmer erforderlichenfalls die Verwendung zertifizierter Materialien möglich ist. Das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung geht daher bereits aus diesem Sachverhaltsmerkmal ebenso wie aus dem Umstand, dass sie organisatorisch in den Betrieb des Bw eingegliedert waren und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterlagen, unzweifelhaft hervor.

Zusammenfassend sprechen für die Verwendung überlassener ausländischer Arbeitskräfte durch den Bw im vorliegenden Fall insbesondere folgende Sachverhaltselemente:

- Die Ausländer wurden wegen Termschwierigkeiten im

Betrieb des Bw herangezogen;

- Die Arbeiten wurden auf einer Baustelle des Bw,

sohin in seiner betrieblichen Sphäre durchgeführt;

- Die Leistungen der Ausländer sind ident mit

gleichartigen Betriebsergebnissen, welche im Betrieb des Bw

angestrebt werden,

- Es erfolgte keine konkrete Beschreibung der behaupteten 'Werkleistungen' der Ausländer auf vertraglicher Basis sondern wurde ihnen die Arbeit vom auf der Baustelle tätigen Polier des Unternehmens des Bw zugewiesen;

- Die Ausländer waren aufgrund der Bildung von

Fahrgemeinschaften zumindest hinsichtlich der Arbeitszeit
organisatorisch in die Betriebsabläufe des Unternehmens des Bw
eingebunden;

- Die Arbeit der Ausländer wurde vom zuständigen
Mitarbeiter des Bw auf der Baustelle fachlich kontrolliert;

- Das verwendete Material sowie das verwendete
Werkzeug wurde von der Firma des Bw beigestellt;

- Hinsichtlich der Entlohnung der Ausländer war eine

Abrechnung nach Stunden vereinbart, weshalb von diesen auch Stundenaufzeichnungen über ihre Arbeit geführt wurden;

Diese Sachverhaltselemente sprechen in eindeutiger Weise für die Verwendung überlassener ausländischer Arbeitskräfte. Die übrigen Abgrenzungsmerkmale bewirken keine andere Beurteilung der Gesamtsituation. Gegenständlich ist daher nicht von einer selbständigen Tätigkeit in Erfüllung eines Werkvertrages auszugehen, sondern entsprechend den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen von einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung der ausländischen Staatsangehörigen. Das Ausmaß, in welchem das Unternehmen des Bw über die Arbeitskräfte der beiden ausländischen Staatsangehörigen verfügte, lässt darauf schließen, dass diesen keine Entscheidungsbefugnis bezüglich ihrer Arbeit zukam und sie damit keinem unternehmerischen Risiko unterworfen waren. Von der Erfüllung eines Werkvertrages kann bereits aufgrund der Eigenart der Tätigkeit (Bauhilfsarbeiten) nicht gesprochen werden. Gegen die Selbständigkeit der Tätigkeit spricht auch der Umstand, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen von der Firma S.s.r.o., nach Angaben des Geschäftsführers dieser Firma über einen vereinbarten Zeitraum beliebig zu Arbeitsleistungen eingeteilt und eingesetzt werden konnten, sie daher auch hinsichtlich ihres Tätigwerdens nicht jener Entscheidungsmöglichkeit unterlagen, wie dies bei selbständig Tätigen üblicherweise der Fall ist. Die Ausländer wurden somit unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer verwendet, weshalb vom Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses und keiner selbständigen Tätigkeit auszugehen ist. Da nachweislich für die Tätigkeit der beiden tschechischen Staatsangehörigen keine arbeitsmarktrechtlichen Papiere vorgelegen sind, ist die Beschäftigung entgegen den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes erfolgt. Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der gegenständlichen Verwaltungsübertretung ist daher dem Berufungswerber anzulasten."

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.

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.

§ 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."

Vorweg ist dem Beschwerdeführer auf seinen, in einer Beschwerdeergänzung vorgebrachten, auf § 373a der Gewerbeordnung (GewO) und die Dienstleistungsfreiheit für tschechische Staatsangehörige gestützten Einwand, die beiden Tschechen dürften ihre Tätigkeit unbeschränkt in Österreich ausüben, zu antworten, dass dies nur für Dienstleistungen als Selbständige gilt. Einerseits bezieht sich § 373a GewO nur auf die in § 1 GewO genannten Tätigkeiten; nach dessen Abs. 2 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Andererseits besteht hinsichtlich der Merkmale etwa des AusIBG, des AÜG, der GewO und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit 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). Ein Unterordnungsverhältnis (hier im Sinne der Bestimmungen des AÜG, insbesondere dessen § 4) liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor.

Die belangte Behörde geht von der Anwendbarkeit des § 28 Abs. 7 AusIBG 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 AusIBG 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 Tschechen auf einer Baustelle der H GmbH, somit in deren Betrieb, angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich ist.

Der Beschwerdeführer hat sich damit verantwortet, dass eine "Kette von Subunternehmerverträgen" vorgelegen sei. Zunächst hatte der Beschwerdeführer in seiner niederschriftlichen Einvernahme vom 23. Jänner 2007 angegeben, die beiden Tschechen hätten sich bei der H GmbH "beworben" und seien seit 22. Jänner 2007 für dieses Unternehmen auf der gegenständlichen Baustelle tätig. Die Bezahlung, die über "vereinbarte Einheitspreise" erfolge, laufe über das "Subunternehmen" S s.r.o. in B. HI sen. und HI jun. seien für die S s.r.o. "auf anderen Baustellen in Tschechien als Subunternehmer bei Bedarf tätig". Es bestehe ein "Kooperationsvertrag" zwischen der H GmbH und der S s.r.o., dass "betreffend Aufträge in Österreich die beiden Unternehmen gemeinsam am Markt auftreten. Die Kooperation" sei "hauptsächlich auf den Materialhandel und Bautätigkeit in Tschechien beschränkt". Auf der gegenständlichen Baustelle seien für die H GmbH keine Subunternehmer tätig.

Anlässlich seiner niederschriftlichen Einvernahme vom 27. März 2007 änderte der Beschwerdeführer seine Verantwortung insofern ab, als er nunmehr angab, die H GmbH habe einen "Werkvertrag" mit der S s.r.o. geschlossen, die beiden Tschechen seien Subunternehmer der S s.r.o. Er legte einen "Nachunternehmer-Werkvertrag Rahmenvereinbarung" vom 8. Jänner 2007 vor. Das "Werk" wird darin folgend beschrieben: "Die H GmbH vergibt an den Auftragnehmer S s.r.o. Teilaufträge zur Durchführung div. Ausbauleistungen (wie Spachtelarbeiten, Isolier- und Dämmarbeiten usw.), die jeweils in einem Zusatzauftrag definiert und ausgepreist werden." In der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2007 gab der Beschwerdeführer an, es sei geplant gewesen, die gegenständliche Baustelle "mit eigenem Personal zu beschicken und abzuwickeln". Wegen Terminverzögerungen habe er Teile an "Fremdfirmen" vergeben wollen. Es habe nur die S s.r.o. "Zeit gehabt". Der Auftrag sei als "Akkordauftrag", in dem die Spezialisierung auf den jeweiligen Baustellen angeführt sei, erfolgt. Gegenständlich sei eine Zwischenwand (Einzeichnung erfolgte in einem vorgelegten Plan), zu errichten, wobei das Material zur Gänze von der H. GmbH stamme. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2007 war aber ein "Akkordauftrag" vom 18. Jänner 2007 vorgelegt worden, der mit diesen Angaben nicht in Einklang zu bringen ist, weil er nach m2 bezeichnete andere Positionen enthält, die mit der im Plan eingezeichneten Wand jedenfalls nicht übereinstimmen (zB.

abgehängte Decken). Zwischen der S s.r.o. und HI sen. und HI jun. seien weitere Werkverträge geschlossen gewesen, welche vorgelegt wurden. Die jeweils zu erbringenden "Werke" wurden darin wie in der oben wiedergegebenen Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde enthalten umschrieben ("Hilfsbauarbeiten" ohne konkrete Beschreibung, dafür aber mit einer zeitlichen Begrenzung von ca. jeweils sechs Monaten).

Die belangte Behörde ging von den letzten Angaben des Beschwerdeführers aus und ließ die aufgezeigten Widersprüche im Wesentlichen außer Acht. Doch selbst damit ist dem Beschwerdeführer aus folgenden Gründen die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des § 28 Abs. 7 AuslBG nicht gelungen:

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 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.

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 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. zB. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN).

Die belangte Behörde stützt sich im Zusammenhang mit der Wertung des Vorbringens des Beschwerdeführers zu Recht neben den vorgelegten "Verträgen" im Sinne der Beurteilung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf die Aussage des Poliers der H GmbH, der den beiden Tschechen "zugewiesen" hat, "welche Wand sie arbeiten müssen"; dies sei die Entscheidung des Poliers gewesen. Damit lässt sich aber nicht einmal konkret entnehmen, ob es sich bei der behaupteten Vergabe an den "Subunternehmer" K um ein abgrenzbares, unterscheidbares "gewährleistungstaugliches" Werk (die im Plan mit einfachen Pfeilen bezeichnete Zwischenwand steht in Verbindung mit weiteren Zwischenwänden), welches zudem im Zusammenwirken mit den übrigen Arbeitern der H GmbH auf der gegenständlichen Baustelle zu dem von der G GmbH herzustellen war (vgl. § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG), handelt. Außerdem steht diese "Wand" als "Werkfolg" im Widerspruch zu der Leistungsbeschreibung, die im "Akkordauftrag" vom 18. Jänner 2007 enthalten ist; zudem handelt es sich dort um nur nach m² bezeichnete, aber selbst unter Zuhilfenahme des Planes nicht konkret nachvollziehbare "Positionen".

Umso weniger kann aber eine Weitergabe solcher Aufträge an Subunternehmer (deren Tätigkeit als "Hilfsbauarbeiten" ohne konkrete Umschreibung des Werkes, aber mit zeitlicher Befristung, dargetan wurde; dementsprechend wurden - wie die belangte Behörde im Einklang mit der Aktenlage ausführt - HI sen. und HI jun. vom innerbetrieblich Verantwortlichen der S s.r.o. "der Reihe nach eingeteilt") in Frage kommen. 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 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, ZI. 96/09/0183, mwN).

Wenn der Beschwerdeführer einwendet, das "Vertragsverhältnis" zwischen der S s.r.o. und den "Einzelunternehmern" HI sen. und HI jun. wäre festzustellen und nach tschechischem Recht zu beurteilen gewesen, ist er auf die bereits oben dargestellte Rechtsprechung zu verweisen. Für das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ist es

danach hinreichend, dass die Ausländer im Sinne eines der in lit. a bis lit. e (dieser Gesetzesstelle) näher bezeichneten Tatbestände faktisch verwendet wurden. Es ist daher unerheblich, ob bzw. allenfalls von wem ein formeller Arbeitsvertrag mit den Ausländern geschlossen wurde bzw. welchen Inhalt eine allenfalls darüber ausgefertigte Vertragsurkunde hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. November 2002, Zl. 2000/09/0174).

Es ist aus diesen Gründen auch gleichgültig, in welcher Form die S s.r.o. "am tschechischen Markt" grundsätzlich tätig ist.

Überdies hat die belangte Behörde auch zu Recht im Hinblick auf § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG einen wesentlichen Hinweis für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung darin erblickt, dass das Material, mit dem die Arbeiten verrichtet wurden, zur Gänze und das wesentliche, bedeutende Werkzeug (etwa eine Hebebühne) von der H GmbH stammte; selbst das Handwerkzeug (Kleinwerkzeug, Bohrmaschine) sei am Tag der Betretung von der H GmbH beigestellt gewesen.

Selbst die nach den Angaben des Poliers der H GmbH von diesem ausgeübte detaillierte Fachaufsicht über die Tschechen geht weit über die bloße Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung hinaus, handelt es sich dabei doch um eine in Arbeitsabläufe einweisende und diese dauernd begleitende Kontrolle (§ 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG).

Zuletzt deutet auch der vom Beschwerdeführer selbst ausgeführte dringende Arbeitskräftebedarf (wegen "Terminverzögerung") zur Erfüllung des von der H 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 beiden Tschechen als von der S s.r.o. überlassene Arbeitskräfte ausgegangen.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf die vom Beschwerdeführer vorgelegten unterschiedlichen Fassungen des "Nachunternehmer-Werkvertrages" vom 7. Jänner 2007 (sie unterscheiden sich durch einen nur in der später vorgelegten Fassung enthaltenen Punkt 6. betreffend "Fahrgemeinschaften") und das Thema "Fahrgemeinschaft" näher einzugehen.

Wenn der Beschwerdeführer gestützt auf das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012, mit den Kriterien zur Arbeitnehmerähnlichkeit argumentiert, übersieht er, dass im gegenständlichen Fall nicht ein arbeitnehmerähnliches Beschäftigungsverhältnis zwischen der von ihm repräsentierten H GmbH und den beiden Tschechen zu prüfen war, sondern Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG, für die die entsprechenden Bestimmungen des AÜG, vor allem des § 4 Abs. 2 AÜG, maßgeblich sind.

Letztendlich rügt der Beschwerdeführer eine ungenügende Begründung. Da er aber in diesem Punkt lediglich einzelne Sätze der Begründung aus dem Zusammenhang reißt (und dabei sogar sinnstörende Schreibfehler einbaut, wie statt des Wortes "keine" das Wort "eine"), ist diese Rüge unbegründet.

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 20. November 2008

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Terminologie Definition von Begriffen EURallg8

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2008090174.X00

Im RIS seit

29.12.2008

Zuletzt aktualisiert am

27.12.2011

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

© 2026 JUSLINE

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