

TE Vwgh Erkenntnis 2008/1/24 2004/09/0147

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.01.2008

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
60/02 Arbeitnehmerschutz;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AÜG §4 Abs2;
AuslBG §2 Abs2 lite;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §3 Abs1;
VwGG §42 Abs2 Z1;

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2004/09/0148 E 24. Jänner 2008

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des B.M. in K., vertreten durch Dr. Helmut Klementsitz, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Friedrichgasse 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 29. Juni 2004, Zl. UVS 303.12-10/2004-21, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 29. Juni 2004 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, den kroatischen Staatsangehörigen J.V. als Einzelunternehmer in K., K-Straße 12, von Anfang Oktober 2001 bis 19. November 2001 beschäftigt zu haben, ohne dass ihm eine Beschäftigungsbewilligung erteilt war, ohne dass eine Anzeigebestätigung ausgestellt war und ohne dass der Ausländer eine Arbeiterlaubnis oder einen Befreiungsschein besaß. Dadurch habe er § 3 Abs. 1 AuslBG iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG verletzt.

Wegen dieser Übertretung wurde der Beschwerdeführer zu einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.228,- (für den Fall der Uneinbringlichkeit 4 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) bestraft.

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, in der der Beschwerdeführer als Partei, sowie Mag. S. (Zollamt Graz), J.V., und Baumeister R.E. als Zeugen einvernommen wurden, gelangte die belangte Behörde zu folgenden Feststellungen:

"Der Berufungswerber betreibt mit Sitz in K., K-Straße 12, als Einzelunternehmer ein Bauunternehmen, in dem in der zweiten Jahreshälfte 2001 drei bis vier Maurer und Bauhelfer beschäftigt waren. Er hatte für die Bauherrin Mag. G. in L. den Keller eines Einfamilienhauses zu errichten, über den ein Fertigteilhaus gebaut werden sollte, wobei der Auftrag auch Innenputz und Estrich umfasste. Die Ausführung der Arbeit begann im Oktober oder November 2001.

Vom Bauherrn X. in G., B-Weg 3a, erhielt der Berufungswerber den Auftrag, den Rohbau eines kompletten einstöckigen Hauses zu errichten. Auf dieser Baustelle begannen die Arbeiten etwa zur Jahresmitte 2001.

Nachdem der Berufungswerber bei beiden Bauvorhaben mit der Bauausführung begonnen hatte, sah er sich wegen zwei neuen Aufträgen gezwungen, einen Subunternehmer zu beauftragen.

Seit Mitte oder Ende Mai 2001 kannte er S.H., der von 19.02.2001 bis 21.11.2001 beim Transportunternehmen H.N. in P. beschäftigt war und am 05.11.2001 als persönlich haftender Gesellschafter der S. & L. OEG im Firmenbuch eingetragen wurde.

Der Berufungswerber verfasste die handschriftliche Urkunde vom 19.06.2001 mit folgendem Inhalt: 'Die Firma H., J-Gasse 7, G., führt die Schalungsarbeiten bei den Außenwänden KG und Poolplatten durch. Die Firma H. übernimmt sämtliche rechtliche Voraussetzungen für ihre Leute (Arbeitnehmerschutzverordnung, Ausländerbeschäftigungsgesetz etc.)'. Diese Urkunde wurde von S.H. unterschrieben, darunter findet sich der Zusatz vom 13.11.2001:

'Aconto weitere ATS 15.000,-, für BVH B-Weg', wieder unterschrieben von S.H..

Mit dem Datum 12.11.2001 verfasste der Berufungswerber eine weitere handschriftliche Urkunde, in der es unter anderem heißt:

'Hr. S.H. als Firma H., J-Gasse 7 bestätigt die komplett eigenmächtige Verantwortung über seine Leute in Hinblick auf Arbeitnehmerschutz, Ausländerbeschäftigungsgesetz usw.

Pauschalbetrag incl. 20 % für BVH G., B-Weg, beträgt ATS 160.000,- laut Baubeschreibung für den Rohbau incl. aller Stiegen, Kamin und Zwischenwände und Baustellenordnung u. Räumung. Herr S.H. ist auch voll für seine ausgeführten Arbeiten in Hinsicht Ausführung u. Qualität verantwortlich.'

Ebenfalls mit dem Datum 12.11.2001 folgt auf derselben Urkunde der vom Berufungswerber verfasste, handschriftliche Text:

'Für das Bauvorhaben Mag. G., L., (Kleber sind insgesamt ATS 53.000,- von insgesamt ATS (unleserlich) ausbezahlt worden an die Fa. H., J-Gasse, G.'

Die Subvergabe umfasste bei beiden Baustellen nur einen Teil des Bauvorhabens. Ein Termin wurde mit S.H. nicht schriftlich festgelegt. Zum Teil arbeiteten, während die Arbeitskräfte von S.H. auf den genannten Baustellen im Einsatz waren, Arbeitskräfte des Berufungswerbers auf derselben Baustelle, allerdings bei getrennten Arbeiten, indem sie zum Beispiel eine Stiege schalten, während die Arbeitskräfte von S.H. den Innenputz machten. Auch weil S.H. nicht zügig genug arbeitete, war der Berufungswerber gezwungen, sich mit eigenen Arbeitskräften an der Arbeitsausführung zu beteiligen. Bei beiden Baustellen lieferte der Berufungswerber das Baumaterial. Die erforderlichen Baumaschinen und das Werkzeug (Winkelschleifer, Mischmaschine, Motorsäge etc.) stellten teils der Berufungswerber, teils S.H. bei. Es kam vor, dass S.H. keine Zeit hatte, seine Arbeitskräfte auf die Baustellen zu bringen und den Berufungswerber darum bat. Dieser kam der Bitte nach und holte zwei bis drei Mal die Arbeitskräfte des S.H. in der Nähe des Finanzamtes ab, er transportierte sie aber auch dann, wenn er sie von einer Baustelle abzog und zur anderen brachte. Der Berufungswerber kontrollierte die Baustellen beinahe täglich und zwar meist getrennt von S.H.; er versuchte - trotz Erfolglosigkeit immer wieder - den Arbeitskräften von S.H. Arbeitsanweisungen zu erteilen. Sie hörten ihm aber nicht zu, weil sie ihn nicht verstanden. Täglich war zwei bis drei Stunden lang der im Unternehmen des Berufungswerbers beschäftigte Arbeitnehmer A.C. auf den Baustellen und arbeitete auch mit. Der Berufungswerber hatte diesen Mann abgestellt mit der Aufgabe, die Aufsicht zu führen, damit auch jemand von der Firma M. auf den Baustellen ist.

S.H. hatte den kroatischen Staatsangehörigen J.V., geb. 25.03.1975, welcher ungelernter Maurer war, in Kroatien angerufen und ihm angeboten, bei ihm in der Baubranche zu arbeiten. Zuletzt reiste J.V. ca. zwei Monate vor seiner Festnahme am 19.11.2001 wieder nach Österreich ein. Er arbeitete von da an auf den Baustellen L. und B-Weg bis 19.11.2001. J.V. zeichnete in einem schwarzen Heft die Arbeitszeit aller auf der Baustelle beschäftigten Arbeitnehmer des Subunternehmers auf. Er erhielt am 18.10.2001 von S.H. für die Baustelle L. einen Vorschuss von ATS 7.500,00.

Der Berufungswerber versprach den Arbeitskräften des S.H., dass er ihnen Lohnvorschüsse bezahlen werde, wenn S.H. diesbezüglich säumig würde, hielt aber das Versprechen nicht ein.

Der Berufungswerber leistete an S.H. diverse Teilzahlungen unmittelbar auf den Baustellen bar auf die Hand, wobei keine Rechnungen und Quittungen ausgestellt wurden.

Für die Beschäftigung von J.V. lag keine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz vor."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde diesen Sachverhalt nach Darstellung der Rechtsvorschriften dahingehend, dass eine Arbeitskräfteüberlassung, und somit eine Beschäftigung des kroatischen Staatsangehörigen durch den Beschwerdeführer vorgelegen habe. Von den in § 4 Abs. 2 AÜG in den Z. 1 bis 4 genannten Kriterien steche jenes der Z. 3, welches für einen Dienstvertrag typisch sei, im Beschwerdefall besonders hervor: Es käme so gut wie täglich vor, dass der Beschwerdeführer auf den beiden Baustellen den Arbeitskräften des S.H. trotz der Sprachbarriere Arbeitsanweisungen zu erteilen versuchte. Indem er A.C. täglich für zwei bis drei Stunden auf die Baustellen geschickt habe, um dort mitzuarbeiten und die Aufsicht zu führen, habe er sicher gestellt, dass jemand von der Fa. M. auf den Baustellen gewesen sei. Bei beiden Aufsichtspersonen ginge es somit nicht nur darum, die Arbeiten zu kontrollieren, sondern auch täglich Arbeitsanweisungen zu erteilen, wodurch eine sehr enge Bindung an den Betrieb des Beschwerdeführers entstanden sei. Weiters habe er auf Bitten des S.H. die Arbeitskräfte mit dem Pkw zu den Baustellen gefahren. Er habe sie aber auch von einer Baustelle abgezogen und zu anderen geschickt, wenn er sie dort benötigte und transportierte sie in diesem Fall mit seinem Pkw. Damit habe er unmittelbar in die Arbeitskräfteeinteilung eingegriffen und damit ein Recht ausgeübt, das nur dem Arbeitgeber bzw. im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung dem Beschäftiger zustehe. Dazu komme, dass während der Bauausführung durch den Subunternehmer der Beschwerdeführer auf beiden Baustellen zumindest fallweise mit eigenen Arbeitskräften am selben Bauwerk mitgearbeitet habe. Auch in der Zusage an die Ausländer, ihnen bei Säumigkeit des S.H. Lohnvorauszahlungen zu machen, komme die Einbindung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Beschwerdeführers zum Ausdruck.

S.H. habe sich, wenn auch nicht legal, in der Baubranche betätigt, bei beiden Baustellen seien die Baustoffe vom Beschwerdeführer, die Maschinen und Werkzeuge teils vom Beschwerdeführer, teils von S.H. beigestellt worden. Eine Haftung für das Werk durch den Subunternehmer sei zumindest in einer Urkunde bedungen gewesen. Der Beschwerdeführer habe in der Praxis bei Qualitätsmängeln Abzüge vom Werklohn gemacht.

Die beiden Subaufträge betreffend die Baustellen L. und B-Weg beurteilte die belangte Behörde nicht als Werkverträge. In einem Fall sei zwar auf eine "Baubeschreibung" verwiesen worden, damit sei über den Umfang des zu erbringenden Werks jedoch noch nichts ausgesagt. Der Beschwerdeführer habe mit Arbeitern seines Unternehmens auf beiden Baustellen zu arbeiten begonnen, was bedeute, dass der ihm erteilte Auftrag nicht zur Gänze an Subunternehmer weitergegeben worden sei. Auch habe jeder Hinweis auf einen Fertigstellungstermin gefehlt. Zusammenfassend ergebe sich, dass nach den Kriterien der Lehre kein Werkvertrag vorliege sondern es habe sich um freie Dienstverträge und damit um verschleierte Dienstverschaffungsverträge gehandelt. Dazu käme die sehr weit gehende Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Beschwerdeführers als bestimmendes Merkmal im Sinne des § 4 Abs. 2 AÜG. Das einzige einigermaßen klar gegen eine Arbeitskräfteüberlassung sprechende Merkmal, dass der Werkunternehmer zu haften gehabt hätte, sei nicht so gewichtig, dass es die für eine Arbeitskräfteüberlassung sprechenden Momente an Bedeutung übertreffen würde. Deswegen ging die belangte Behörde zusammenfassend davon aus, dass der Beschwerdeführer die ihm von S.H. überlassene Arbeitskraft J.V. beschäftigt hat.

Die vom Beschwerdeführer behauptete "Überbindung" der Verpflichtung, für die Einhaltung u.a. des AuslBG zu sorgen, habe mit dem von ihm vorgelegten Urkunden nicht stattgefunden. Eine Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung sei nämlich nur im Rahmen des § 9 VStG und für den Fall der illegalen Ausländerbeschäftigung des

§ 28a Abs. 3 AuslBG möglich. Des Weiteren legte die belangte Behörde die Strafzumessungsgründe dar. Die Anwendung des zweiten Strafsatzes des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG sei darin begründet, dass bei Tatbegehung bereits drei einschlägige Vorstrafen vorhanden gewesen seien.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, die Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend macht.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer hat im Verwaltungsverfahren nicht bestritten, dass der verfahrensgegenständliche Ausländer im maßgeblichen Zeitraum die genannten Arbeitsleistungen erbracht hat, ohne über die entsprechende Bewilligung verfügt zu haben. Er hält den angefochtenen Bescheid jedoch deswegen für rechtswidrig, weil der Ausländer ausschließlich von der Firma H. beschäftigt, und nicht vom Beschwerdeführer im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung verwendet worden sei.

Vorweg ist festzuhalten, dass um die Verwendung von ausländischen Arbeitskräften als Beschäftigung im Sinne des § 3 Abs. 1 AuslBG zu qualifizieren, es keinen Unterschied macht, ob derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, selbst Arbeitgeber der Ausländer ist, oder ob im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG iVm dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) die Verwendung überlassener Arbeitskräfte erfolgt. In beiden Fällen ist derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, ohne im Besitz einer Beschäftigungsbewilligung oder Anzeigebestätigung zu sein, und ohne dass der Ausländer eine Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt, wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG strafbar.

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, ist gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. In Anwendung dieser Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der Frage, ob die Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen eines Ausländers als Entgegennahme einer Leistung im Rahmen eines "echten Werkvertrages" oder als Verwendung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG anzusehen ist, ausgesprochen, dass es für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend ist, in welche zivilrechtliche Form dieses gekleidet ist. Maßgeblich für diese Beurteilung ist vielmehr die Beurteilung sämtlicher für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im konkreten Fall sprechender Umstände, die nicht isoliert voneinander gesehen werden dürfen, sondern in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht zu bewerten sind (vgl. zuletzt etwa das hg. Erkenntnis vom 4. September 2006, Zl. 2006/09/0030, mwH). In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt, dass das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente nicht ausreichend ist, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenslage Gegenteiliges ergibt.

Die von der belangten Behörde herangezogene Bestimmung des § 4 Abs. 2 AÜG bezieht sich auf Arbeitsleistungen von Arbeitskräften eines Werkunternehmers "im Betrieb des Werkbestellers". Danach liegt Arbeitskräfteüberlassung 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.

Nach den Feststellungen der belangten Behörde hatte das Unternehmen des Beschwerdeführers den Auftrag übernommen, an den zwei Baustellen einerseits den Keller eines Einfamilienhauses zu errichten, was auch Innenputz und Estrich umfasste, und andererseits den Rohbau eines kompletten einstöckigen Hauses zu errichten. Diesen Auftrag hatte er zum Teil an die Firma H. weitergegeben. Nach den Feststellungen der belangten Behörde war der Umfang des Auftrages für die Firma H. insofern umschrieben, als er die "Schalungsarbeiten bei den Außenwänden KG und Poolplatten" (Urkunde vom 19.6.2001) und "laut Baubeschreibung den Rohbau incl. aller Stiegen, Kamin und Zwischenwände" (Urkunde 12.11.2001) umfasste.

Im Hinblick auf die in der Z. 1 der angeführten Bestimmung enthaltenen Kriterien hat nun die Firma H. insofern von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Unternehmens des Beschwerdeführers abweichende und unterscheidbare Ergebnisse hergestellt, als dieses selbst dort keine Schalungsarbeiten vornahm. Nach den Feststellungen waren zum Teil Arbeitskräfte des Beschwerdeführers als auch der Firma H. auf beiden Baustellen anwesend, allerdings bei getrennten Arbeiten - indem die einen eine Stiege schalten, während die anderen etwa den Innenputz machten. Daher kann im vorliegenden Fall das in § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG umschriebene Kriterium nicht als zur Gänze erfüllt angesehen werden.

Auch die Bedingung des § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG kann nur zum Teil als erfüllt angesehen werden, weil das Werkzeug, mit welchem der Ausländer tätig war, nach den Feststellungen sowohl von der Firma H. als auch vom Beschwerdeführer bereitgestellt wurde.

Um das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung annehmen zu können, ist vor dem Hintergrund des § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG auch von Bedeutung, ob die Arbeitskräfte organisatorisch in dem Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen. Das Vorliegen dieses Kriteriums hat die belangte Behörde im Hinblick darauf bejaht, dass der Beschwerdeführer die Baustellen regelmäßig kontrollierte und versuchte, den Arbeitern der Firma H. Anweisungen zu geben, was auf Grund von Verständigungsschwierigkeiten jedoch vergeblich war.

Allerdings enthält der angefochtene Bescheid keine Feststellungen hinsichtlich die Ausübung einer Dienst- oder Fachaufsicht (Arbeitszeiten, organisatorische oder fachliche Kontrolle) über auf der Baustelle tätige Arbeitnehmer durch den Beschwerdeführer oder eine von ihm beauftragte Person. Der belangten Behörde kann daher nicht beigeplichtet werden, wenn sie im vorliegenden Fall von der Erfüllung der in § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG dargestellten Kriterien für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ausging.

Dass die Firma H. im vorliegenden Fall für den Erfolg der von ihr vorgenommenen Werkleistung nicht gehaftet hätte, wird auch von der belangten Behörde nicht festgestellt. Sie stellt dies vielmehr fest - "eine Haftung wurde in der Urkunde vom 12.11.2001 bedungen" - beurteilte es jedoch als nicht so gewichtig, dass es die für eine Arbeitskräfteüberlassung sprechenden Momente an Bedeutung übertreffen würde. Deshalb kann auch die Voraussetzung des § 4 Abs. 2 Z. 4 AÜG nicht als gegeben erachtet werden, zumal die belangte Behörde auch feststellt, dass der Beschwerdeführer wegen Mängel tatsächlich Abzüge von dem dem S.H. bezahlten Entgelt machte.

Der im vorliegenden Fall von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt, an den der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 41 Abs. 1 erster Satz VwGG gebunden ist, unterscheidet sich somit von vergleichbaren Fällen, in welchen der Verwaltungsgerichtshof die Beschäftigung überlassener Ausländer angenommen hat, entscheidend dadurch, dass in diesen Fällen zumindest ein Kriterium des § 4 Abs. 2 Z. 1 bis 4 AÜG als erfüllt angesehen werden konnte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0163, mwN).

Eine Betrachtung des festgestellten Sachverhaltes erweist sohin, dass keiner der in § 4 Abs. 2 AÜG dargestellten Beurteilungsmomente als vollständig erfüllt angesehen werden kann. Vor dem Hintergrund der im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen konnte bei einer Gesamtbetrachtung des gegenständlichen Falles daher nicht als erwiesen angesehen werden, dass der Beschwerdeführer als Einzelunternehmer tatsächlich die Beschäftigung des bei der Kontrolle betretenen kroatischen Staatsbürgers als überlassene Arbeitskraft zu verantworten hatte.

Nach dem Gesagten war der angefochtene Bescheid daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2003.

Wien, am 24. Jänner 2008

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2004090147.X00

Im RIS seit

25.02.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at