

TE Vwgh Erkenntnis 2006/9/4 2005/09/0068

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.09.2006

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
60/02 Arbeitnehmerschutz;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

ABGB §1165;
AÜG §3 Abs1;
AÜG §3 Abs2;
AÜG §3 Abs3;
AÜG §4 Abs1;
AÜG §4 Abs2 Z1;
AÜG §4 Abs2 Z2;
AÜG §4 Abs2 Z3;
AÜG §4 Abs2 Z4;
AuslBG §2 Abs2 lite;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1999/I/120;
AuslBG §3 Abs1 idF 1997/I/078;

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn):2007/09/0329 E 15. Oktober 2009 2006/09/0099 E 18. Jänner 2007

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des Dr. H in W, vertreten durch Saxinger, Chalupsky, Weber & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Europaplatz 7, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 10. März 2005, Zl. UVS- 07/A/25/6351/2002/30, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen und 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 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 13. und 14. Bezirk, vom 19. Juni 2002 wurde von der Fortführung des gegen den Beschwerdeführer eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens wegen des vom zuständigen Arbeitsinspektorat gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwurfs, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der V GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit Sitz der eingetragenen Zweigniederlassung in W, P Straße, als Arbeitgeberin, in der Zeit vom 19. Juni 2000 bis 19. September 2000 auf einer näher bezeichneten Baustelle in W sieben namentlich genannte ausländische Staatsangehörige als Bauarbeiter beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung oder eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei, wodurch er § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt habe, gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG abgesehen und die Einstellung des Verfahrens verfügt.

Gegen diesen Bescheid erhob die Amtspartei (Hauptzollamt Wien - KIAB) Berufung.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 10. März 2005 wurde dieser Berufung nach Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung gemäß § 66 Abs. 4 AVG Folge gegeben und über den Beschwerdeführer wegen der oben genannten Verwaltungsübertretungen sieben Geldstrafen zwischen 1.500 EUR und 1.800 EUR (Ersatzfreiheitsstrafen zwischen 2 und 4 Tagen) verhängt.

Die belangte Behörde ging dabei von folgendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus:

"Die V GmbH, deren zur Vertretung nach außen Berufener der Beschuldigte unbestrittener Maßen war, erhielt von der A für das Bauvorhaben in W, W Straße gemeinsam mit dem Konsortialpartner S & F einen Auftrag für die Durchführung von Elektroarbeiten auf dem genannten Bauvorhaben mit einer pauschalen Auftragssumme von ATS 85,8 Mio. Die Konsortialpartner teilten untereinander die Durchführung des Auftrages etwa im Verhältnis 60 (V GmbH) zu 40 (S & F) auf, wobei insbesondere die Geschoße 11 bis 31 der V GmbH zugeteilt wurden.

Ein Teil dieses der V GmbH zukommenden Auftrages 'Gewerk Elektroarbeiten', nämlich die Elektroinstallationsarbeiten im 11. bis 31. Obergeschoß sowie allgemeine Energieversorgungsarbeiten (etwa Steigleitungs- und Niederspannungsinstallationen auch in anderen Geschossen), wurde von der V GmbH (nachdem ein zuvor beauftragtes Unternehmen diese Aufgaben nicht weiter ausführen konnte) mit Auftragsbestätigung vom 18.1.2000 (bzw. 24.1.2000) an die M GmbH gegen ein vereinbartes Pauschalentgelt von gerundet ATS 6,5 Mio. vergeben.

...

Festgestellt wird weiters, dass die tatsächliche Abwicklung dieser Auftragsverhältnisse so vor sich ging, dass die Arbeitskräfte der M GmbH hauptsächlich in den Obergeschossen 11 bis 31 Elektroinstallationsarbeiten durchführten, aber auch in anderen Stockwerken und an der Niederspannungsanlage im Erdgeschoss beziehungsweise im Kellergeschoss des Bauvorhabens tätig waren.

...

Das erforderliche Material wurde zur Gänze von der V GmbH und nicht von der M GmbH zur Verfügung gestellt, ebenso wie der Kabeltransportkran und die Container, die als Mannschaftsräume und zur Aufbewahrung des erforderlichen Kleinhandwerkzeuges benützt wurden. Dieses Kleinhandwerkzeug (Zangen, Handbohrmaschinen etc., teilweise auch Leitern) wurde zwar grundsätzlich von der M GmbH beigestellt, doch kam es auch vor, dass die Arbeitskräfte der M GmbH etwa Leitern und Großwerkzeug (Stemm-Maschinen für Wanddurchbrüche) der V GmbH benützten. P S hatte auch die Schlüssel zu den Verwahrungsstellen, in denen die Werkzeuge der M GmbH auf der Baustelle aufbewahrt wurden.

...

Die V GmbH führte zumindest phasenweise gleichzeitig auf der Baustelle selbst auch Tätigkeiten, jedenfalls im Bereich Niederspannung und Stromversorgung, durch und hatte ständig zumindest einen Bauleiter (in der Regel Herrn S) vor Ort, der die Tätigkeiten, die von den Arbeitskräften der M GmbH durchgeführt wurden, überwachte. Insbesondere bei

jenen Arbeiten, die nicht in geschoßmäßig zugeordneten Bereichen erfolgten, war eine Abgrenzung zwischen den Tätigkeiten der M GmbH und der V GmbH nicht möglich.

...

Der Bauleiter der V GmbH überwachte ständig nicht nur den von der M GmbH erzielten Baufortschritt, sondern auch die ordnungsgemäße, qualitätsmäßig entsprechende und termingerechte Bauausführung und besprach diese nicht nur mit deren handelsrechtlichem Geschäftsführer, S M, und dessen zuständigem Bauleiter DI B, sondern direkt vor Ort mit dem Vorarbeiter der M GmbH, I I. Der Bauleiter der V GmbH erteilte dem Vorarbeiter der M GmbH auch direkte Weisungen über die jeweils durchzuführenden Arbeiten. Die Qualität der Arbeit wurde im unmittelbaren Arbeitsfortschritt überprüft; danach notwendige Korrekturen wurden vom Bauleiter der V GmbH direkt den betroffenen Arbeitskräften oder über (sprachliche) Vermittlung des Vorarbeiters I I angeordnet und von diesen unverzüglich durchgeführt. Auch die termingemäße Ausführung der Arbeiten und allfällige 'kleinere' technische Änderungen der bestehenden Planung (bei 'größeren' Änderungen hätte es einen Baustopp gegeben) wurden zwischen dem Bauleiter der V GmbH und dem Vorarbeiter der M GmbH direkt besprochen.

...

Die Arbeiten hätten bereits am 31.8.2000 beendet sein sollen, doch konnte wegen bauseitiger Verzögerungen dieser Termin nicht eingehalten werden, sodass im September 2000 erhöhter Fertigstellungsdruck bestand.

...

Zwischen der V GmbH und der M GmbH waren zwar verschiedene Gewährleistungs-, Rücklass- und Ausführungsgarantieregelungen vereinbart worden; tatsächlich wurde jedoch die Qualität der Arbeiten unmittelbar bei ihrer Durchführung vom Bauleiter der V GmbH überwacht und erforderliche Ausbesserungen oder Mängelbehebungen von diesem sofort und direkt veranlasst, sodass, wie auch den vom Vertreter des Beschuldigten in der Verhandlung vom 8.8.2002 vorgelegten Rechnungsunterlagen zu entnehmen ist, keinerlei Abzüge aus dem Titel der Gewährleistung vorgenommen wurden, sondern lediglich Abzüge aus dem Titel 'Strafe wegen Verstoß gegen die Ausweistragepflicht'. Lediglich am Rande sei angemerkt, dass diese Abzüge entgegen dem diesbezüglichen Vorbringen des Vertreters des Beschuldigten ihrem Wortlaut nach nicht für Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verrechnet wurden, sondern weil (Baustellen-)Ausweise nicht getragen (oder ausgestellt) worden waren. Auch das Vorbringen des Vertreters des Beschuldigten, dass ein Bewegen auf der Baustelle ohne Ausweis nicht möglich gewesen sei, weil insbesondere der Baustellenaufzug nur mit Baustellenausweis zu benutzen gewesen sei, ist nicht zutreffend, da etwa I I ausgesagt hat, dass der Liftführer nur anfangs den Ausweis verlangt habe; später seien Liftfahrten auch ohne Ausweis möglich gewesen.

Bei einer Kontrolle des Arbeitsinspektorates für Bauarbeiten am 19.9.2000 wurden in einem der V GmbH zurechenbaren Bau-Container sieben ausländische Arbeitskräfte, nämlich die in der verbalen Tatanlastung des bekämpften Bescheides genannten, angetroffen, für die keinerlei arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen erteilt waren. Weiters wurden auch drei 'legale' Arbeitskräfte der M GmbH sowie jedenfalls zwei Dienstnehmer der V GmbH, nämlich die Herren S und W, angetroffen. Die sieben verfahrensgegenständlichen Ausländer machten mittels Ausfüllens von mehrsprachigen Personenblättern dabei Angaben zu der ausgeübten Tätigkeit (Elektriker, Helfer, Arbeiter), zu jenen Personen, die sie für ihre Dienstgeber beziehungsweise für ihren Chef hielten (einige von ihnen nannten die Firma M, die anderen nannten die Firma I Zagreb und als Chef einen I G) und zur Dauer ihrer Tätigkeit auf der gegenständlichen Baustelle (die von etwa einer Woche über einen Monat bis zu drei Monaten reichten).

...

Die gegenständlichen sieben Ausländer waren weder von dem Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen, noch lagen hinsichtlich ihrer Personen im Tatzeitraum gültige arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen vor; sie arbeiteten unter denselben Bedingungen und Umständen wie die 'legalen' Arbeitskräfte M und K."

Nach Darstellung der Rechtslage kam die belangte Behörde zur rechtlichen Schlussfolgerung, dass die M. GmbH kein ausschließlich ihr zurechenbares, von den Arbeiten der V GmbH eindeutig abgrenzbares Werk hergestellt habe, da insbesondere im Bereich der Niederspannungsarbeiten eine Zuordnung nicht möglich gewesen sei. Weiters stamme weder das Material noch das erforderliche Großwerkzeug, nämlich der Kabelzugkran, noch die Baustelleneinrichtung (Baustellen-Container für Mannschaftsquartiere, Lagerungsmöglichkeiten) von der M. GmbH; lediglich das im

Verhältnis zu den nicht selbst beigestellten Arbeitsmitteln untergeordnet einzustufende Handwerkszeug sei von dieser Gesellschaft selbst gestellt worden, wobei die Arbeitskräfte der M. GmbH fallweise sogar Leitern und Stemm-Maschinen der V GmbH benützt hätten. Die Arbeit sei somit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers geleistet worden. Die Arbeitskräfte der M. GmbH hätten auch nicht nur unter der fachlichen, sondern auch unter der dienstlichen Aufsicht des Vertreters der V GmbH gearbeitet, der Dienstanweisungen gegeben, allfällige Fehler bemängelt und diese mittels direkter Weisung korrigieren lassen und von seinen Vorgesetzten angeordnete Planänderungen nahtlos an die Vorarbeiter der M. GmbH ohne vorherige Einbeziehung der Geschäftsleitung dieser Gesellschaft weitergegeben habe. Damit habe er selbst eine Funktion ausgeübt, die bei Erfüllung eines Werkvertrages ein Bauleiter der M. GmbH innegehabt hätte und auch ein entsprechendes Verhalten der Arbeitskräfte auf der Baustelle habe einfordern können. Selbst wenn der Vertreter der V GmbH persönlich keine Arbeitsaufzeichnungen für die Arbeitskräfte der M. GmbH geführt habe, sei davon auszugehen gewesen, dass die Arbeitskräfte dieser Gesellschaft unter diesen Umständen organisatorisch in den Betrieb der V GmbH eingegliedert und deren Weisungshoheit in fachlicher und dienstlicher Hinsicht unterstellt gewesen seien. Mit dem der Tätigkeit der M. GmbH zu Grunde liegenden Vertrag seien neben dem Pauschalentgelt zwar verschiedene Rücklässe und Pönalen vereinbart worden, doch sei die termingerechte und qualitativ entsprechende Durchführung der Arbeiten direkt vom Bauleiter der V GmbH überwacht worden, welcher Mängel sofort und direkt beanstandet habe und habe beheben lassen, sodass die Gewährleistungsansprüche gar nicht zum Tragen hätten kommen können. Dementsprechend sei in der Endabrechnung lediglich eine Vertragsstrafe (Pönale) für das Nichttragen von Baustellenausweisen verrechnet worden. Die M. GmbH habe sohin nicht wie ein echter Werkunternehmer für den Erfolg der Leistung haftet. Das vertraglich vereinbarte Pönalsystem sei also entgegen dem diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers tatsächlich nicht so exekutiert worden, wie es ein Werkvertrag indiziere und erfordert hätte, sondern lediglich zur Ahndung von Verstößen gegen eine Verpflichtung zum Tragen von Ausweisen. Dass ein Pauschalentgelt vereinbart, in Rechnung gestellt und angewiesen worden sei, sei für den Sachverhalt wie den gegenständlichen, in dem eine Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag zu treffen gewesen sei, nicht ungewöhnlich und spreche auch nicht gegen den wahren wirtschaftlichen Gehalt als Arbeitskräfteüberlassung. Die Gesamtabwägung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes des gegenständlichen Sachverhaltes habe zweifelsfrei ergeben, dass sämtliche der in § 4 Abs. 2 AÜG genannten Kriterien für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung sprächen. Die sieben gegenständlichen Ausländer seien für die V GmbH im Wege einer Zurverfügungstellung von Arbeitskräften tätig geworden. Die V GmbH sei daher nicht "Generalunternehmerin für Elektroarbeiten" auf der gegenständlichen Baustelle gewesen, sondern lediglich hinsichtlich der sieben verfahrensgegenständlichen Ausländer als Beschäftigterin im Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG aufgetreten. Damit sei die V GmbH gemäß § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG einem Arbeitgeber gleichzuhalten gewesen. Dadurch sei mangels arbeitsmarktbehördlicher Bewilligung für diese Ausländer der objektive Tatbestand gegeben gewesen.

Da es sich bei den vorliegenden Verwaltungsübertretungen um Ungehorsamsdelikte handle, sei ein Verschulden des Beschwerdeführers in Form der Fahrlässigkeit anzunehmen gewesen. Demgegenüber habe der Beschwerdeführer lediglich vorgebracht, er habe nicht erkannt oder nicht erkennen können, dass es sich um Arbeitskräfteüberlassung und somit um eine bewilligungspflichtige Beschäftigung gehandelt habe. Dem entgegnete die belangte Behörde, Unkenntnis des Gesetzes könne lediglich dann als entschuldbarer Rechtsirrtum anerkannt werden, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben sei. Wer ein Gewerbe betreibe, sei aber verpflichtet, sich vor Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten. Dabei sei auch eine irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, der den Beschwerdeführer nicht zu entschuldigen vermöge, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden könne, dass der Irrtum unverschuldet gewesen sei und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht hätte einsehen können. Es bestehe für den Arbeitgeber grundsätzlich die Verpflichtung, sich mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen, im Zweifel aber bei der zuständigen Behörde Auskünfte einzuholen. Unterlasse er dies, vermöge ihn die Unkenntnis der Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Der Umstand, dass auch Beschäftigter überlassener Arbeitskräfte dem Reglement des AuslBG unterlägen, hätte den Beschwerdeführer veranlassen müssen, entsprechende Nachforschungen über die Rechtslage anzustellen. Herrsche in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit, berechtige dies allein noch nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigste Variante zu entscheiden und dadurch gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen. Der Beschwerdeführer habe im gegenständlichen Fall nicht einmal behauptet,

bei der zuständigen Behörde Auskünfte eingeholt zu haben, sodass ein Rechtsirrtum als Schuldausschließungsgrund zu verneinen gewesen sei. Insoweit sich der Beschwerdeführer auf ein auf der Baustelle beobachtetes Kontrollsystem berufen habe, nämlich ein Ausweissystem der W, sei dem entgegenzuhalten, dass die sieben verfahrensgegenständlichen Ausländer nicht nur am Tag der Kontrolle durch das Arbeitsinspektorat, sondern davor schon zumindest eine Woche, in der Mehrzahl der Fälle sogar über Monate hinweg, auf der Baustelle tätig gewesen seien, ohne die hierfür erforderlichen Bewilligungen zu haben. Unter dieser Prämisse könne es dahingestellt bleiben, ob diesen Ausländern jemals Baustellenausweise ausgestellt oder ob ihnen solche ohne Überprüfung ihres arbeitsmarktrechtlichen Status oder trotz fehlender Papiere ausgestellt worden seien. Offensichtlich seien diese nicht bloß kurzfristigen bewilligungslosen Beschäftigungen entweder niemals kontrolliert oder deren bewilligungslose Tätigkeit zumindest nicht unterbunden worden. Auch der Hinweis auf die vertragliche Verpflichtung des Subunternehmers zur Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG könne den Beschwerdeführer nicht exkulpierten, da diese Vertragsbestimmungen nicht exekutiert worden seien. Insbesondere sei in der Schlussrechnung auch keine, die unbewilligte Beschäftigung der sieben Ausländer betreffende Pönale berücksichtigt worden. Der Beschwerdeführer habe auch die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten niemals behauptet. Von einem wirksamen Kontrollsystem habe im vorliegenden Fall eben nicht ausgegangen werden können.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit welcher die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor, nahm jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 78/1997, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Nach Abs. 4 erster Satz dieser Gesetzesbestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 120/1999, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) erteilt, noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafen von 10.000 S bis zu 60.000 S, im Falle

der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20.000 S bis zu 120.000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern, für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20.000 S bis zu 120.000 S, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40.000 S bis zu 240.000 S.

Gemäß § 4 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung 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.

Der Beschwerdeführer verweist in seiner Beschwerde zunächst auf die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung. In diesem Zusammenhang habe die belangte Behörde festgestellt, dass der Bauleiter der V GmbH auf der Baustelle dem Vorarbeiter der M. GmbH auch direkte Weisungen erteilt habe bzw. erforderliche Ausbesserungen oder Mängelbehebung von diesem sofort und direkt veranlasst worden seien. Aus diesem Umstand habe die belangte Behörde den unrichtigen Schluss gezogen, die V GmbH habe jedenfalls nicht nur die fachliche, sondern auch die dienstliche Aufsicht über die Arbeitskräfte der M. GmbH ausgeübt. Die belangte Behörde habe außer Acht gelassen, dass sich ein allgemeines Weisungsrecht der V GmbH als Werkbestellerin gegenüber der M. GmbH als Werkunternehmerin unter anderem aus der im ABGB verankerten Warnpflicht ergeben könne. Abgesehen davon sei der Werkbesteller nach Maßgabe der Bestimmungen über den Werkvertrag gegenüber dem Werkunternehmer zur Koordination der einzelnen Leistungen im Zusammenwirken mit anderen Werkunternehmern verpflichtet. Daher erscheine die Begründung der belangten Behörde schlichtweg lebensfremd. Unberücksichtigt geblieben seien auch die vertraglichen Regelungen zwischen den beiden Gesellschaften, insbesondere jene über die vertraglich vereinbarten Vertragsstrafen. Zu Unrecht sei die belangte Behörde davon ausgegangen, die tatsächlich getätigten Abzüge seien lediglich aus dem Titel der Strafe wegen "Verstoßes gegen die Ausweistragepflicht" vorgenommen worden, was unrichtig und aktenwidrig sei. Vielmehr habe sich die M. GmbH mit dem vorliegenden Werkvertrag verpflichtet, eine Personalliste zu übermitteln und für jeden Arbeiter, der ohne gültige Arbeits- oder Aufenthaltsbewilligung angetroffen werde, ein Bußgeld in bestimmter Höhe je Vorfall von der Schlussrechnung in Abzug zu bringen. Selbst wenn die Vertragsstrafe als "Pönale wegen Verstoß gegen die Ausweistragepflicht" titulierte gewesen sei, ergebe sich aus dem bereits verwiesenen Vertragstext, dass die einbehaltene Vertragsstrafe wegen der verfahrensgegenständlichen Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz einbehalten worden sei, zumal eine Pönale für Verstöße gegen eine Ausweistragepflicht im Vertrag gar nicht vorgesehen gewesen sei. Die Höhe der einbehaltenen Konventionalstrafe je Arbeiter ohne Arbeits- bzw. Aufenthaltsbewilligung widerspreche an sich schon der Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung. Des Weiteren sei unrichtig, wenn die belangte Behörde davon ausgehe, dass das erforderliche Material zur Gänze von der V GmbH und nicht von der M. GmbH zur Verfügung gestellt worden sei. Die Durchführung der Elektroinstallationsarbeiten hätten sich in Art und Umfang im Wesentlichen im konkreten Fall auf die Verlegung von Kabeltrassen und Kabeln, den Anschluss von Leuchten und Schaltern, etc., beschränkt. Für diese Art von Arbeiten würden regelmäßig nur diverse Kleinwerkzeuge und Hilfsmittel benötigt, welches aber im vorliegenden Fall von der M. GmbH beigestellt worden sei. Der Einsatz des Kabelzugkrans bzw. weiterer Großwerkzeuge und Maschinen sei bei derartigen Arbeiten in der Regel nicht bzw. nur in untergeordnetem Ausmaß notwendig. Im Übrigen könnten die Vertragsparteien nach der werkvertraglichen Normenlage die Stoffbeistellung beliebig regeln. Der Frage der Stoff(Material-)Beistellung komme bei der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und

Arbeitskräfteüberlassung keine allzu große Bedeutung zu, sondern es müssten noch andere der in § 4 Abs. 2 Z. 1 bis 4 AÜG festgehaltenen Umgehungskriterien vorliegen. Aktenwidrig und falsch sei auch die Behauptung der belangten Behörde, das Werk der

M. GmbH sei vom Werk bzw. Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der V GmbH nicht klar unterscheidbar gewesen. Sie habe selbst festgestellt, dass die M. GmbH Elektroinstallationen bei dem gegenständlichen Bauvorhaben lediglich vom 11. bis einschließlich

31. Obergeschoss des Objektes als Werk- bzw. Subunternehmer alleinverantwortlich übernommen habe. Dies schließe aber eine Tätigkeit ihrer Arbeitnehmer im Bereich der Niederspannung nicht aus. Eine Einbindung in die Betriebsorganisation des Werkbestellers sei gerade nicht gegeben gewesen. Allfällige Anweisungen des Werkbestellers seien lediglich projektbezogen gewesen und hätten sich umfänglich nicht mit dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht gedeckt. Eine atypische Vertragsgestaltung, geschweige denn Umgehungskriterien lägen auch nach den Feststellungen der belangten Behörde nicht erkennbar vor. Richtigerweise hätte die belangte Behörde daher das Vertragsverhältnis zwischen der V GmbH und der M. GmbH als Werkvertrag qualifizieren müssen. Würde man der Ansicht der belangten Behörde folgen, würde dies in letzter Konsequenz faktisch jeder Art des zivilrechtlichen Werkvertrages, den ein Generalunternehmer mit einem Subunternehmer abschließe, in das Regime der Arbeitskräfteüberlassung überführen.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf:

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 21. März 1995, ZI. 94/09/0097, und vom 18. November 1998, ZI. 96/09/0281) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 1998, ZI. 97/09/0150). Bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z. 1 bis 4 genannten Tatbestandsmerkmale liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vor. Es kann Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von § 4 Abs. 2 AÜG insbesondere auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (im Sinne der Z. 3 leg. cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse vom 17. Juli 1997, ZI. 95/09/0218, vom 18. März 1998, ZI. 96/09/0131, und vom 22. Oktober 1996, ZI. 94/08/0178).

Selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer ihnen entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und "Subunternehmer" liegt danach eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn eine der Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG bedarf es nur dann, wenn der Tatbestand keiner der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. März 1998, ZI. 95/08/0345).

Der Beschwerdeführer bringt zur Unterscheidung von Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag vor, die belangte Behörde habe das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einzelner Merkmale im Sinne des § 4 Abs. 2 Z. 1 bis 4 AÜG aktenwidrig festgestellt und bewertet. Dies trifft jedoch nicht zu:

Die von der M GmbH beigestellten Arbeitskräfte wurden nicht nur in einem deutlich abgegrenzten Bereich (11. bis 31. Stockwerk des Gebäudes) tätig, sondern gleichermaßen in einem Bereich (nämlich der gesamten Niederspannungsanlage und der allgemeinen Energieversorgung), in dem auch die Arbeitnehmer der V GmbH mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigt waren. Insoweit der Beschwerdeführer diese Feststellung als "aktenwidrig" zu bekämpfen sucht, ist er nicht nur darauf zu verweisen, dass er eine derartige Überschneidung der Tätigkeiten in der Beschwerde selbst einräumt (Punkt 4.5 der Beschwerde), sondern auch darauf, dass die belangte Behörde in ihrem Bescheid ihre Überlegungen zur Würdigung der in der mündlichen Verhandlung durchgeführten Beweise dargelegt hat und der Beschwerdeführer nicht dartut und auch nicht offenkundig ist, aus welchem Grunde er diese Beweiswürdigung für unschlüssig hält.

Ausgehend von den getroffenen und nicht als unschlüssig erkannten Feststellungen der belangten Behörde, im Hinblick auf die in § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG enthaltenen Kriterien hat die M. GmbH keine von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der V GmbH abweichenden und unterscheidbaren Werke hergestellt, weshalb im vorliegenden Fall das in § 4 Abs. 2 Z 1 AÜG umschriebene Kriterium als zur Gänze erfüllt angesehen werden kann. Wie bereits oben ausgeführt, rechtfertigt allein dieser Umstand schon die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung.

Aber auch die Bedingung des § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG kann im Wesentlichen als erfüllt angesehen werden, weil das Werkzeug, mit welchem die Ausländer tätig waren, unbestrittenermaßen jedenfalls nicht "vorwiegend" von der M. GmbH stammte.

Dass es auf eine ausschließlich zivilrechtliche Betrachtungsweise auch in Bezug auf die Ausübung einer Dienst- und Fachaufsicht (§ 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG) nicht ankommt, sondern entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 4 Abs. 1 AÜG bzw. des § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG auf den "wahren wirtschaftlichen Gehalt" des Sachverhalts, hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2002/09/0163). Im Übrigen ist eine Eingliederung der von der M. GmbH zur Verfügung gestellten ausländischen Arbeitskräfte in den Betrieb des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens nicht nur aus dem Ablauf und der Koordination der durchzuführenden Arbeiten einschließlich der von den Dienstnehmern der V GmbH ausgeübten Fachaufsicht abzuleiten, sondern auch aus dem von der belangten Behörde festgestellten Umstand, dass die Ausländer in einem Aufenthaltscontainer der V GmbH angetroffen wurden, den sie als Arbeitsquartier benutzten (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 21. März 1995, ZI. 94/09/0097). Sofern der Beschwerdeführer behauptet, dass die als Fachaufsicht qualifizierte Tätigkeit von Mitarbeitern seines Unternehmens als "werkvertragliche Nebenpflichten" zu deuten seien, übersieht er, dass nach den Feststellungen der belangten Behörde die Tätigkeit der ausländischen Arbeitskräfte durch diese Mitarbeiter weitgehend gesteuert wurden.

Auf eine Betrachtung des in § 4 Abs. 2 Z. 4 AÜG genannten Merkmals einer Arbeitskräfteüberlassung, nämlich der Frage einer Haftung für das Werk, braucht aus den oben dargelegten Gründen nicht mehr eingegangen zu werden.

Insoweit der Beschwerdeführer behauptet, die belangte Behörde hätte eine Bestrafung nach § 28 Abs. 6 AuslBG nicht aussprechen dürfen, ist ihm entgegen zu halten, dass die belangte Behörde den Beschwerdeführer als im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen der V GmbH gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG und nicht nach § 28 Abs. 6 AuslBG als "Generalunternehmer" bestraft hat.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 4. September 2006

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2006:2005090068.X00

Im RIS seit

19.10.2006

Zuletzt aktualisiert am

30.05.2014

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