jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2006/2/22 2002/09/0163

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.02.2006

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
60/02 Arbeitnehmerschutz;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

ABGB §1151;
AÜG §3 Abs4;
AÜG §4 Abs2 Z1;
AÜG §4 Abs2 Z2;
AÜG §4 Abs2 Z3;
AÜG §4 Abs2 Z4;
AÜG §4;
AuslBG §2 Abs2 lita;
AuslBG §2 Abs2 litb;
AuslBG §2 Abs2 lite;
AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1997/I/078;
AuslBG §3 Abs1 idF 1997/I/078;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des P in P, vertreten durch Dr. Edwin A. Payr, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Herrengasse 28, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 31. August 2002, Zl. UVS 30.12-47/2002-26, betreffend Bestrafung wegen 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 31. August 2002 wurde der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P Gesellschaft mbH. einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes für schuldig erkannt. Diese Gesellschaft habe einen namentlich angeführten kroatischen Staatsbürger vom 3. September 2001 bis zum 11. September 2001 beschäftigt habe, ohne dass ihr eine Beschäftigungsbewilligung erteilt gewesen sei und ohne dass der Ausländer eine Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen habe. Dadurch habe der Beschwerdeführer § 3 Abs. 1 i.V.m.

§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) verletzt. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG i.d.F. der Novelle BGBl. I Nr. 120/1999 wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe vom EUR 800,-- und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2,5 Tagen verhängt.

Begründet wurde der angefochtene Bescheid im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer zwar mit dem Bescheid der Bezirkshauptmannschaft W vom 18. April 2004 von dem gegen ihn erhobenen Vorwurf, diese Verwaltungsübertretung begangen zu haben, freigesprochen worden sei. Der gegen diesen Bescheid vom Arbeitsinspektorat Graz erhobenen Berufung sei jedoch Folge zu geben.

Folgender Sachverhalt werde festgestellt:

"Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der

P Gesellschaft mbH mit Sitz in P, die im August und September 2001 17 Arbeiter (davon einen geringfügig) und 12 Angestellte beschäftigte, mit dem ausschließlichen Betriebszweck Trockenausbau. Die Gesellschaft erhielt auf Grund ihres Angebotsschreibens vom 04.09.2000 beim Bauvorhaben: Umfassende Sanierung der Häuser G-Platz / E-Platz, G, den Auftrag, den Trockenausbau durchzuführen. Das Objekt G-Platz umfasste 3 Geschosse und das Dachgeschoss, das Objekt E-Platz 5 Geschosse und das Dachgeschoss. Die P GmbH schloss mit der M KEG mit Sitz in der politischen Gemeinde Graz, die durch M als persönlich haftenden Gesellschafter vertreten wird, den Subunternehmerwerkvertrag vom 19.07.2001, dem ein von M unterschriebenes 'Angebotsschreiben' als integrierender Vertragsbestandteil zu Grunde lag. M hatte auf einer anderen Baustelle den Bauleiter R der P GesmbH kennen gelernt. Mit dem Beschuldigten selbst hatte er bis dahin nicht gesprochen. R übergab an M das erwähnte Angebot samt Leistungsverzeichnis, in dem die P GesmbH die Einheitspreise bereits eingetragen hatte. Das Angebot wies auf Seite 1 das Datum 04.09.2000 auf. M unterschrieb das Angebot auf Seite 75 über dem Firmenstempel, ohne Beifügung eines Datums. Im Punkt II ('Vertragsgrundlagen') des Subunternehmervertrages heißt es unter Ziffer 2: 'Das Anbot des Auftragnehmers vom 18.07.2001'. Im Punkt 1 bot der Subunternehmer 'die im angeschlossenen Leistungsverzeichnis angeführten Leistungen zu den von mir (uns) darin eingesetzten Einheits-, Pauschal- und Regiepreisen an.' Im Leistungsverzeichnis sind bei den Einheitspreisen Quadratmeter und Stückzahlen angeführt, die mit jenen im Leistungsverzeichnis der P GmbH identisch sind. Eine Zuordnung der Leistungen zu bestimmten Stockwerken der beiden Objekte wurde nicht vorgenommen. Dem Subunternehmer wurde nicht der Trockenausbau am gesamten Bau übertragen, denn einen Teil übertrug die P GmbH an die Firmen B und S. Der Umfang des Auftrags der M KEG entwickelte sich erst allmählich: Anfangs hatte R M gefragt, 'ob er mehr machen möchte'. Als sich die Arbeiten bei einem Geschoss beim Objekt E-Platz, bei dem zunächst begonnen wurde, gut entwickelten, nahm die M KEG ein zweites Geschoss dazu und dann beim Objekt G-Platz auch noch das dritte Geschoss. Der Bauzeitplan, der für die Trockenausbauarbeiten die Zeitspannen 16.07.2001 bis 07.09.2001 und 06.08.2001 bis 05.10.2001 vorsah, wurde der M KEG nicht übergeben, es wurde aber M von R mündlich mitgeteilt, dass der Trockenausbau bis Ende September fertig sein sollte. Tatsächlich arbeitete die M KEG bis November 2001. Die Haupttätigkeit des Subunternehmers bestand im Beplanken und Spachteln. Außerdem hatte er die Metallkonstruktion aufzustellen, eine Arbeit, zu der M zunächst die Kenntnisse fehlten, weshalb die Firma B zunächst die dafür nötigen Anreißarbeiten durchführte. Erst beim dritten Obergeschoss beim Objekt G-Platz stellten die Beschäftigten der M KEG die Metallschienen allein auf. M war täglich auf der Baustelle und arbeitete dort zusammen mit seinem Vater und seinen zwei Brüdern, und zwar von

Montag bis Donnerstag von 07.00 bis 17.00 Uhr und am Freitag von 07.00 bis 12.00 Uhr. Die P GmbH setzte auf dieser Baustelle keine eigenen Arbeitskräfte ein, stellte aber das gesamte Baumaterial bei, wie Gipsplatten, Profile, Dämmwolle, Fugenfüller. Das Werkzeug für dessen Verarbeitung stellt der Subunternehmer bei, wie zB Akkuschrauber, Fuchsschwanz, Leiter, Spachtelwerkzeug 'Kartuschenpistole', aber auch Kabeltrommel, Verlängerungskabel, Stanleymesser, Hammer, Wasserwaage.

R hatte als Bauleiter der P GmbH die Baustelle G-Platz - E-Platz zu betreuen. Er wurde vom Architekturbüro an Hand der Abschnittsterminpläne beauftragt, für die Fertigstellung eines bestimmten Stockwerks bis zu einem bestimmten Termin zu sorgen und gab dies an den Subunternehmer weiter. Wenn es Änderungen bei Details gab, die im Plan noch nicht vorgesehen waren, gab R M zwischendurch die nötigen Änderungen bekannt. Zu den Aufgaben des Bauleiters R gehörte es auch, im Rahmen der Qualitätskontrolle die Übernahmefähigkeit der Arbeiten nach deren Fertigstellung zu beurteilen, wie dies anlässlich der Teilrechnungen geschah, die der Subunternehmer alle 15 bis 20 Tage legte. R schrieb zwar M nicht vor, wie viele Arbeiter er einzusetzen hatte, im September herrschte aber erheblicher Termindruck und R gab zu verstehen, dass M schneller arbeiten sollte, wobei der zuletzt Genannte bereit war, auch Freitag nachmittags und samstags zu arbeiten. R war vom Beschuldigten beauftragt worden täglich zu kontrollieren, ob die Ausländer des Subunternehmers legal beschäftigt sind. Er ließ sich zu diesem Zweck die Unterlagen der Arbeiter der M KEG geben und gab sie nach Einsichtnahme wieder zurück. Da ihm auf Grund dieser einmaligen Kontrolle die Leute bekannt waren, führte er keine weiteren Kontrollen durch. R kündigte seine täglichen Baustellenkontrollen M telefonisch an. Der Beschuldigte war bei keiner dieser Gelegenheiten dabei.

Um den 28.08.2001 reiste der kroatische Staatsangehörige D, ein Cousin des M, mit dem Bus in Österreich ein, fuhr aber gleich mit einem weiteren gemeinsamen Cousin mit dessen PKW nach U weiter. Er kehrte am 02.09.2001 nach G zurück und begann am 03.09.2001 für die M KEG auf der Baustelle G-Platz / E-Platz mitzuarbeiten, wobei er vor allem Platten klebte und spachtelte. Ihm wurde von M ein Stundenlohn von ATS 100,-- zugesagt. Er arbeitete auf diese Weise bis 11.09.2001, ausgenommen am Samstag und Sonntag und wurde am 7. Tag seiner Beschäftigung bei einer Kontrolle aufgegriffen.

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

Zur Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde zusammengefasst weiter aus, dass ihre Feststellungen hinsichtlich die Weitergabe des Auftrages an die M-KEG auf dem Subunternehmerwerkvertrag und dessen integrierenden Bestandteilen beruhe. Zum Angebotsschreiben, welches die M-KEG gelegt habe, sei auszuführen, dass dieses so zustande gekommen sei, dass die P GmbH hiefür ihr Angebotsschreiben vom 4. September 2000 an den Bauherrn, der durch näher bezeichnete Architekten repräsentiert worden sei, als Vorlage genommen und die Einheitspreise im Leistungsverzeichnis selbst ausgefüllt habe, ehe der Bauleiter der P GmbH das Angebot an den Geschäftsführer der M-KEG übergeben habe, der es zwar wie erwähnt auf Seite 75 unterschrieben, aber nicht datiert habe.

Bei der Kontrolle auf der Baustelle am 11. September 2001 habe der Ausländer zunächst seine Identität zu verschleiern versucht, wobei ihm der Geschäftsführer der M-KEG behilflich gewesen sei. Der Ausländer habe nach seiner Betretung ausgesagt, einen Stundenlohn von S 88,-- zu erhalten, vor der Fremdenpolizei habe er einen Stundenlohn von S 100,-- angegeben. Der Geschäftsführer der M-KEG habe erklärt, dass die Tätigkeit unentgeltlich gewesen sei und habe vor der belangten Behörde dies mit der Aussage ergänzt, dass die Arbeitsleistung des Ausländers quasi eine Gegenleistung dafür gewesen sei, dass er ihm vorher einmal bei seinem Haus in Zagreb geholfen habe. Die belangte Behörde lege dem Sachverhalt einen Stundenlohn von S 100,-- zu Grunde, die diesbezüglichen Aussagen des Ausländers seien nämlich durch die Polizei in Gegenwart eines Dolmetschers mit hoher Wahrscheinlichkeit als glaubwürdige Aussage zu werten. Es sei hier um eine gewerbliche Arbeit gegangen, daher sei die Aussage als unglaubwürdig qualifiziert worden, dass der Ausländer die Arbeit bloß geleistet habe, weil er dem Geschäftsführer der M-KEG eine Gefälligkeit geschuldet hätte. Der Bauleiter der P GmbH habe seine Baustelle in Kontrollen jeweils telefonisch angekündigt, deswegen sei es dem Geschäftsführer der M-KEG jedes Mal rechtzeitig gelungen, den Ausländer vor ihm zu verstecken.

In rechtlicher Hinsicht qualifizierte die belangte Behörde das Verhältnis zwischen dem Ausländer und der P GmbH als Beschäftigung einer von der M-KEG der P GmbH überlassenen Arbeitskraft. Wenn die M-KEG ihre Arbeitsleistung auf einer Baustelle des Auftraggebers erbracht habe, so bedeute das "im Betrieb des Werkbestellers", weil der Begriff "Betrieb" hier nicht in einem örtlichen, sondern in einem funktionalen Sinn zu verstehen sei.

Vor dem Hintergrund der in § 4 Abs. 2 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) normierten Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung führte die belangte Behörde aus, dass der Werkbesteller und Werkunternehmer auf demselben Gebiet, nämlich dem Trockenausbau tätig gewesen seien. Das Werk habe sich als nicht grundsätzlich von der Tätigkeit des Bestellers unterschieden.

Die vom Beschwerdeführer vertretene P GmbH habe das gesamte Material beigestellt. Dem stehe das von der M-KEG beigestellte Werkzeug gegenüber, dessen Anschaffungskosten pro Mann vom Beschwerdeführer mit weniger als EUR 1.000,- beziffert worden seien.

Der Bauleiter der P GmbH habe der M-KEG nicht vorgegeben, mit wie vielen Arbeitskräften der Auftrag auszuführen sei, er habe ihn aber aufgefordert, schneller zu arbeiten. Der Bauzeitplan habe die Ausführung der Trockenbauarbeiten zwischen dem 16. Juli 2001 und 7. September 2001, sowie dem 6. August 2001 und dem 5. Oktober 2001 vorgesehen, er sei aber dem Geschäftsführer der M-KEG nicht gezeigt worden. Mündlich sei vereinbart worden, dass die Arbeiten bis Ende September 2001 auszuführen wären, tatsächlich hätten sie jedoch bis November 2001 gedauert. Es habe daher der Konkretisierung des Termins durch den Bauleiter der vom Beschwerdeführer vertretenen P GmbH bedurft, um sicherzustellen, dass ein bestimmtes Stockwerk nach dem jeweiligen Abschnittsterminplan fertig gestellt werde. Im Übrigen habe der Bauleiter der vom Beschwerdeführer vertretenen P GmbH anlässlich der Teilrechnungslegungen Kontrollen der Arbeiten vorgenommen, er habe aber den Arbeitern der M-KEG keine konkreten Arbeitsanweisungen erteilt. Der Geschäftsführer der M-KEG sei täglich auf der Baustelle anwesend gewesen und habe auch selbst die Wände angerissen. Die Arbeiter des Subunternehmers seien von Montag bis Donnerstag 07.00 bis 17.00 Uhr und Freitag 07.00 bis 12.00 Uhr anwesend gewesen.

Zwar sei aus der Anwesenheitspflicht zu bestimmten Stunden auf der Baustelle noch keine Eingliederung in den Betrieb des Werksbestellers abzuleiten, jedoch liege in einem gewissen Maß eine solche Eingliederung darin, dass, verursacht durch das Fehlen eines verbindlichen Bauzeitplanes bei Vertragsabschluss, der Bauleiter dem Subunternehmer geschoßweise Terminabschnittspläne vorgegeben habe, der Bauleiter den Subunternehmer dann bei Termindruck auch aufforderte, schneller zu arbeiten und ihm damit die Disposition über das Werk zumindest in zeitlicher Hinsicht aus der Hand genommen habe.

In Bezug auf die Gewährleistung enthalte der Subunternehmervertrag Regelungen, die eine Haftung des Werkunternehmers begründeten. In Bezug auf die Tragung der Preisgefahr sage der Vertrag nichts aus, und es sei diesbezüglich auch nichts vereinbart worden. Die Frage der Haftung sei im gegenständlichen Fall so gelöst worden, dass der Werkunternehmer seine Teilrechnungen erst beglichen erhalten habe, wenn die Qualitätskontrolle die ordnungsgemäße Herstellung des Werks ergeben habe. Weiters enthalte der Vertrag Vereinbarungen über einen Haftrücklass und einen Deckrücklass. Es sei tatsächlich vom Rechnungsbetrag ein 10 %-iger Haftrücklass durch die vom Beschwerdeführer vertretene P GmbH einbehalten worden, und der Geschäftsführer der M-KEG habe vor Weihnachten 2001 mit dem Beschwerdeführer über Ausbesserungen gesprochen. Aus dem Fehlen einer Vereinbarung über die Tragung der Preisgefahr durch den Werkunternehmer sei zu schließen, dass er diese Gefahr nicht zu tragen hatte. Diese Frage könne jedoch abschließend nicht beurteilt werden. Zusammenfassend lägen keine nennenswerten Hinweise dafür vor, dass der Subunternehmer für den Erfolg der Werkleistung nicht gehaftet hätte.

Insgesamt lägen ausreichende Ergebnisse dafür vor, das Vertragsverhältnis als eine Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen. Dies schon mangels Determinierung des Umfangs der Leistung, wegen der gesamten Beistellung des Baumaterials durch den Werksteller, weil dem Subunternehmer die zeitliche Disposition über die Werkerbringung gefehlt habe, nicht zuletzt aber auch im Hinblick auf die Umstände, unter denen das Angebotsschreiben des Subunternehmers zu Stande gekommen sei. Die vom Beschwerdeführer vertretene P GmbH habe der M-KEG ein Leistungsverzeichnis präsentiert, in dem die Einheitspreise bereits ausgefüllt gewesen seien und sie damit gleichsam dem Subunternehmer diktiert.

Zum Verschulden führte die belangte Behörde aus, dass der Beschwerdeführer dem Bauleiter seiner GmbH aufgetragen habe, das Vorhandensein von Bewilligungen auf der Baustelle täglich zu kontrollieren. Der Bauleiter habe seine Besuche allerdings bei dem Geschäftsführer der M-KEG telefonisch angemeldet, sodass es diesem möglich gewesen sei, den Ausländer regelmäßig zu verstecken.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die hier anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 i. d.F. BGBl. I Nr. 78/1997, lauten wie folgt:

"§ 2. ...

(2) Als Beschäftigung gilt 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.

...

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. ...

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, 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.

...

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer

a) 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 Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40 000 S bis zu 240 000 S;

..."

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

"§ 4. (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."

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass der im angefochtenen Bescheid angeführte kroatische Staatsbürger im maßgeblichen Zeitraum auf einer Baustelle Arbeitsleistungen erbracht hat, auf welcher die von ihm vertretene P GmbH einen Bauauftrag übernommen hatte. Er hält den angefochtenen Bescheid aber deswegen für rechtswidrig, weil der Ausländer ausschließlich von der M-KEG beschäftigt und nicht der von ihm vertretenen P GmbH überlassen worden sei. Sowohl nach ihrer materiellen Ausstattung, als auch nach seiner gewerberechtlichen Kompetenz und Befähigung habe die M-KEG das übernommene Werk vielmehr eigenverantwortlich ausgeführt. Der Werkunternehmer - die M-KEG - habe die Anzahl der Erfüllungsgehilfen ihres Werkes selbst bestimmt und es sei in ihrer Dispositionsgewalt gelegen, das Werk vor dem vereinbarten Termin fertig zu stellen, um die entsandten Arbeitskräfte vor diesem Zeitpunkt abziehen zu können. Zwar sei das Material von dem vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmen zur Verfügung gestellt worden, doch sei die Montage, das Beplanken und Spachteln ausschließlich in eigener Verantwortung durch den Werkunternehmer erfolgt. Auch die durch den Werkbesteller vorgenommenen Termin- und Qualitätskontrollen änderten nichts an der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Werkunternehmers.

Dem Umstand, dass das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen das Material beigestellt habe, könne keine all zu große Bedeutung zukommen, zumal das Werkzeug von der M-KEG beigestellt worden sei. Das abgeführte Beweisverfahren habe eindeutig ergeben, dass die Fach- und die Dienstaufsicht der Arbeiter der M-KEG oblegen sei. Die Mitarbeiter der vom Beschwerdeführer vertretenen P GmbH hätten lediglich als Mittelsmänner und Koordinatoren zwischen den einzelnen Subunternehmern ihres Unternehmens fungiert. Da auch die Preisgefahr von der M-KEG zu tragen gewesen sei und der Werkvertrag zwischen der M-KEG und der vom Beschwerdeführer vertretenen P GmbH Vereinbarungen über einen Haft- und Deckrücklass enthalten habe, sprächen die Tatsachen für das Vorliegen eines "echten" Werkvertrages und gegen die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung.

Vorweg ist festzuhalten, dass es - um die Verwendung von ausländischen Arbeitskräften als Beschäftigung im Sinn des § 3 Abs. 1 AuslBG zu qualifizieren - 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 in Verbindung mit dem AÜG die Verwendung überlassener Arbeitskräfte erfolgt (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, und vom 16. Oktober 2001, Zl. 94/09/0384). 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 leg. cit. 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 Sachverhaltes 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 Verhältnis oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes 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. zum Ganzen auch das hg. Erkenntnis vom 22. Jänner 2002, Zl. 2000/09/0147, m.w.N.). 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.

Zwar kann es sich bei Trockenausbauarbeiten um relativ einfache, oft bloß mengenmäßig bestimmte Arbeiten handeln, für welche verschiedentlich die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften in Betracht kommt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0188). Dies bedeutet allerdings nicht, dass im Fall der Durchführung von Trockenausbauarbeiten durch ein beauftragtes Unternehmen stets das Vorliegen der Überlassung von Arbeitskräften anzunehmen wäre. Dies trifft auch dann nicht zu, wenn das zu verarbeitende Material vom Auftraggeber beigestellt wird.

Die von der belangten Behörde herangezogene Bestimmung des § 4 Abs. 2 AÜG bezieht sich auf Arbeitsleistungen von Arbeitskräften eines Werkunternehmers "im Betrieb des Werkbestellers". Nach den Feststellungen der belangten Behörde hatte das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen auf dieser Baustelle den Auftrag, Trockenausbauten vorzunehmen, übernommen und hat diesen Auftrag zur Gänze an andere Unternehmen, darunter vor Allem die M-KEG, weitergegeben. Die Aktivitäten der P GmbH auf der Baustelle bestanden darin, das Material für diese Trockenausbauten bereitzustellen und die Tätigkeit der von ihr beauftragten Unternehmen zu kontrollieren und zu koordinieren. Die belangte Behörde hat keine Feststellungen getroffen, inwiefern das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen auf der Baustelle darüber hinaus einen "Betrieb" im Sinne des § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG geführt hätte. Insbesondere sind nach den Feststellungen der belangten Behörde auf der Baustelle Arbeitnehmer der P GmbH im Trockenausbau nicht tätig gewesen. Der Umfang des Auftrages für die M-KEG war insoferne umschrieben, als er zunächst auf ein Stockwerk beschränkt gewesen ist und in der Folge auf weitere Stockwerke ausgedehnt wurde.

Im Hinblick auf die in der Z 1 der angeführten Bestimmung enthaltenen Kriterien hat nun die M-KEG insoferne von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der P GmbH abweichende und unterscheidbare Ergebnisse hergestellt, als die P GmbH selbst dort keine Trockenausbauarbeiten vornahm. 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, unbestritten nicht von dem vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmen stammte.

Um das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung anzunehmen 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 Bauleiter der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH die Baustelle regelmäßig besuchte, um sich vom Fortschritt der Arbeiten zu vergewissern und diese zu koordinieren.

Allerdings enthält der angefochtene Bescheid keine Feststellungen hinsichtlich die Ausübung einer Dienst- oder Fachaufsicht über auf der Baustelle tätige Arbeitnehmer. Zwar hat die belangte Behörde festgestellt, dass die Arbeitszeiten zwischen der M-KEG und dem vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH vereinbart waren. Diese Feststellung ist jedoch vor dem Hintergrund der Aussagen des Bauleiters des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens in der mündlichen Verhandlung dahingehend zu verstehen, dass dadurch die Koordination und der Fortschritt der Innenausbauarbeiten, nicht aber eine Aufsicht über und eine fachliche oder organisatorische Kontrolle der Arbeitskräfte erfolgt wäre.

Durch die P GmbH wurden die von der M-KEG getätigten Trockenausbauten vielmehr nur etwa alle zwei Wochen bei der Abnahme der Arbeiten und nach Abschluss eines "Gewerkes" kontrolliert. Der belangten Behörde kann daher nicht beigepflichtet 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 M-KEG im vorliegenden Fall für den Erfolg der von ihr vorgenommenen Werkleistung nicht gehaftet hätte,

wird auch von der belangten Behörde nicht festgestellt, weshalb auch die Voraussetzung des § 4 Abs. 2 Z 4 AÜG nicht als gegeben erachtet werden konnte.

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 jenen vergleichbaren Fällen, in welchen der Verwaltungsgerichtshof die Beschäftigung überlassener Ausländer angenommen hat, entscheidend dadurch, dass in diesen Fällen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2003, Zl. 2001/09/0067, betreffend die Beschäftigung als Fleischzerkleinerer und Entknocher in einem Fleischereibetrieb, das hg. Erkenntnis vom 21. September 2005, Zl. 2004/09/0059, betreffend die Tätigkeit als Verpacker und Etikettierer, oder etwa die hg. Erkenntnisse vom 17. Juli 1997, Zl. 95/09/0218, vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, vom 21. Juni 2000, Zl. 99/09/0024, vom 23. Mai 2002, Zl. 2002/09/0011, vom 28. Oktober 2004, Zl. 2003/09/0058, betreffend die Tätigkeit als im Trockenausbau) zumindest ein Kriterium des § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG als zweifelsfrei erfüllt angesehen werden konnte.

Eine Betrachtung des vorliegenden Sachverhaltes erweist sohin, dass keiner der in § 4 Abs. 2 AÜG dargestellten Beurteilungsmomente als vollständig erfüllt angesehen hätte werden können, vor allem im Hinblick darauf, dass nach den Feststellungen der belangten Behörde, das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen auf der Baustelle offensichtlich keinen eigenen Betrieb hatte. 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 Geschäftsführer der von ihm vertretenen P GmbH 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.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 22. Februar 2006

Schlagworte

Auslegung unbestimmter Begriffe VwRallg3/4 Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2006:2002090163.X00

Im RIS seit

03.04.2006

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at