

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/5/25 2004/09/0023

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.05.2005

## Index

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

## Norm

ABGB §1151;  
AÜG §4 Abs1;  
AÜG §4 Abs2;  
AusIBG §2 Abs2 lite idF 1997/I/078;  
AusIBG §2 Abs4 idF 1997/I/078;  
AusIBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1999/I/120;  
AusIBG §3 Abs1 idF 1997/I/078;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des S in M, vertreten durch DDr. Hopmeier Rechtsanwalts KEG in 1010 Wien, Rathausstraße 15, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 26. August 2003, ZI. UVS-07/A/48/6808/2002/39, 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 dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen, nunmehr beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der P GmbH mit Sitz in W, Mstraße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin vom 28. August bis 27. September 2000 auf einer näher bezeichneten Baustelle drei namentlich genannte kroatische Staatsbürger mit Schlosser- und Montagearbeiten beschäftigt habe, obwohl für diese weder eine

Beschäftigungsbewilligung für diese Beschäftigung oder eine Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei und diese Ausländer auch keine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen hätten. Er habe dadurch die Rechtsvorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz verletzt und sei wegen dieser Verwaltungsübertretung mit drei Geldstrafen zu je EUR 933,33 (Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von je 4 Tagen und 16 Stunden) zu bestrafen gewesen.

Die belangte Behörde gab im Begründungsteil ihres Bescheides zunächst das vom Beschwerdevertreter in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung erstattete Vorbringen wieder, die P GmbH habe die Schweißarbeiten im vorliegenden Verfahren nicht selbständig durchführen können, weil es sich um Spezialschweißarbeiten gehandelt habe. Es habe sich dabei um ein "Pilotprojekt" für eine Verbandskläranlage gehandelt, wobei sich die P GmbH der Firma A GmbH bedient habe und wegen des "Pilotprojektes" die Abrechnung "der Gewerke" nicht pauschal, sondern nach Regie vereinbart worden sei, was bei derartigen Spezialaufträgen durchaus üblich sei. Auch die P GmbH habe den gegenständlichen Auftrag seinem Auftraggeber teilweise in Regie weiterverrechnet.

Des Weiteren gab die belangte Behörde auch die vom Beschwerdeführer in der mündlichen Berufungsverhandlung abgelegte Aussage wieder, "das Gewerke", nämlich die Klärtrommel der Anlage (Anm.: der Verbandskläranlage S) sei durch den Projektanten fehlerhaft ausgeführt worden, weshalb die P GmbH den Auftrag erhalten habe, die mehrmals gebrochene Trommel zu sanieren und richtig zu montieren. Zunächst hätten sie versucht, die Naht durch eine Verschraubung herzustellen und das Seil statisch richtig zu verfertigen, doch habe sich nach drei Tagen herausgestellt, dass dadurch eine Sanierung nicht herbeigeführt werden könne. Aus diesem Grunde habe man die A GmbH (Anmerkung: diese Gesellschaft m.b.H. bestehe aus den drei im erstinstanzlichen Straferkenntnis genannten Ausländern als Gesellschafter-Geschäftsführer) mit der Durchführung der notwendigen Arbeiten beauftragt, weil diese in der Lage gewesen sei, Spezialschweißarbeiten an Nirosta durchzuführen. Die Abrechnung mit der A GmbH sei nach Regie vereinbart worden, weil dies von der Auftragnehmerin (A GmbH) so verlangt worden sei, insbesondere da nicht abschätzbar gewesen sei, welchen Umfang die Schweißarbeiten konkret nehmen würden. Auch habe die tägliche Montagearbeit von den Schweißarbeiten der Fremdfirma (A GmbH) divergiert. Die stundenweise Abrechnung der Schweißarbeiten habe sich auch nicht zuletzt auf Grund der im Raum S herrschenden Witterungsverhältnisse ergeben, die die Vorbereitung für die Montagearbeiten wesentlich beeinflusst hätten. So habe sich nach einem Anlauf der Kläranlage herausgestellt, dass diese nach Tagen wiederum defekt geworden sei. Ein Zeitablauf sei daher äußerst schwer zu erstellen gewesen. Anderes Personal der A GmbH habe auf der Baustelle nicht gearbeitet. Der Grund, warum weder ein Werkvertrag im herkömmlichen Sinne noch sonstige Auftragsbeschreibungen existierten, sei der, dass es sich eben um ein "Pilotprojekt" gehandelt habe und die einzelnen "Gewerke" jeweils vor Ort festgelegt und abgerechnet worden seien. Es sei keineswegs - wie dem Beschwerdeführer in der Verhandlung vorgehalten worden sei - so gewesen, dass Arbeitskräfte (hier: Facharbeiter) aktiviert hätten werden sollen, sondern es sei ein Werkvertrag mit der A GmbH abgeschlossen worden, was schon daraus erhelle, dass diese auch Spezialwerkzeug (sogenannte Formier- und Schweißmaschinen) verwendet habe, über welches die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft nicht verfüge. Insgesamt habe es sich um Spezialarbeiten gehandelt. Den Gewerbeschein der A GmbH habe er sich ein paar Monate vor dem gegenständlichen Auftrag vorlegen lassen, möglicherweise im Zuge des Abschlusses eines früheren Auftrages an diese Firma.

Die belangte Behörde zitierte sodann aus der Aussage des als Zeugen einvernommenen Gendarmerieorgans, dass "die Bauleitung an Ort und Stelle nichts von einer Firma A wusste" und führte sodann im Erwägungsteil ihres Bescheides aus, die drei verfahrensgegenständlichen Ausländer seien dem Unternehmen des Beschwerdeführers gegen ein nach tatsächlich gearbeiteten Stunden berechnetes Entgelt zur Verfügung gestellt worden, sie hätten auf einer Baustelle gearbeitet, die für das verfahrensgegenständliche "Gewerke" "nach Aussagen vor Ort" der P GmbH zugerechnet worden sei, während eine Firma A GmbH nicht bekannt gewesen sei. Die drei Ausländer seien der Aufsicht von Vertretern der P GmbH unterstanden und hätten kein von den Produkten dieses Unternehmens abweichendes und unterschiedbares, der A GmbH zurechenbares Werk erstellt. In dem zwischen der P GmbH und der von den drei Ausländern gegründeten A GmbH abgeschlossenen Werkvertrag heiße es:

"Der Auftragnehmer hat dafür zu sorgen, dass die in der Bestellung vereinbarten Arbeitskräfte auf der Baustelle anwesend sind. Die Stundennachweise sind am Letzten des Monats bzw. nach Einsatzbeendigung zuverlässig an den AG zu übergeben. ...."

Aus dieser letzten Passage müsse eine regiweise Abrechnung eines Werkes verneint werden, weil der "Stundennachweis" nicht einmal in einer Regieverrechnung seine Deckung finde. Die kroatischen Staatsbürger seien außerdem bei ihrer Arbeit den Zwecken der P GmbH untergeordnet gewesen, von dieser Tätigkeit jedenfalls wirtschaftlich abhängig gewesen und von der P GmbH mit einem Stundensatz von ATS 260,-- bis 280,-- entloht worden.

Nach Wiedergabe der gesetzlichen Grundlagen führte die belangte Behörde rechtlich aus, aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergebe sich, dass sowohl aus der Aussage des vernommenen Anzeigeorganes als auch aus der eingesehenen Kopie der vom Beschwerdeführer selbst vorgelegten Urkunden das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung hervorgehe:

Die drei verfahrensgegenständlichen Ausländer hätten unter der Aufsicht der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft gearbeitet; davon, dass die A GmbH für den Erfolg der Werkleistung gehaftet hätte, sei von Seiten keines Beteiligten die Rede gewesen. Die Abrechnung habe nach dem "Werkvertrag", aber auch nach der eingesehenen Abrechnung der A GmbH nach Vorlage von Stundenlisten erfolgen sollen, was nicht für das Vorliegen eines Werkvertrages spreche. Auch sei nicht einsichtig, dass Schweißarbeiten einer besonderen, weiter gehenden Sachkunde in der Hinsicht bedürften, schon gar nicht, dass diese so wenig kalkulierbar seien, dass es beim Legen einer Schweißnaht einer regiäßigen Abrechnung eines Werkes bedürfe. Zumindest liege ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zwischen der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft und den drei gegenständlichen Ausländern vor. Arbeitnehmerähnlichkeit sei dadurch gekennzeichnet, dass an sich ein Arbeits-(Vertrags-)Verhältnis nicht vorliege, dass die für den Arbeitnehmertypus charakteristischen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit zu gering ausgeprägt seien, um daraus ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis ableiten zu können, jedoch in einem gewissen Umfang gegeben sein. Wesen der Arbeitnehmerähnlichkeit sei, dass der Verpflichtete in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Minimum beschränkt sei. Es komme ausschließlich darauf an, ob das konkrete und genau erhobene Gesamtbild der Tätigkeit, die eine Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leiste, so beschaffen sei, dass sich die betreffende Person im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber wirtschaftlich in einer ähnlichen Situation befindet, wie dies beim persönlich abhängigen Arbeitnehmer typischerweise der Fall sei. Typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbständigkeit seien etwa die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder in einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers, eine gewisse Regelmäßigkeit oder längere Dauer der Tätigkeit, die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung, Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit, Berichterstattungspflicht, vom Unternehmer beigestellte Arbeitsmittel, Ausübung der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer, die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen, Entgeltlichkeit und die Frage, wem die Arbeitsleistung zugute komme. Bei der Beurteilung müssten nicht alle Kriterien, die möglicherweise zur Bestimmung der wirtschaftlichen Unselbständigkeit relevant sein könnten, verwirklicht sein, sie müssten in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht gewertet werden. Bei der Beurteilung des konkreten und genau erhobenen Sachverhaltes gehe es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und optischen Merkmale festgestellt würden, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliege oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmals müsse dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen; die vorhandenen Merkmale würden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. In der gegenständlichen Fallkonstellation überwogen die Merkmale der Arbeitnehmerähnlichkeit beträchtlich, weil die drei Ausländer vom Auftraggeber (P GmbH) koordiniert hätten werden sollen und die "bestellten" Arbeitskräfte auf der Baustelle hätten anwesend gewesen sein müssen. Es seien Stundennachweise vorzulegen gewesen, das Personal des "Auftragnehmers" (der A GmbH) habe den Anweisungen des örtlichen Bauleiters des "Auftraggebers" unbedingt Folge zu leisten gehabt, es sei somit keinerlei Entscheidungsspielraum vorgelegen. Es sei auch nicht ein bestimmter Erfolg, sondern die Arbeitsleistung geschuldet gewesen, für die stundenweise entlohnt worden sei. Damit sei das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen Beschäftiger im Sinne des § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG von zur Arbeitsleistung überlassenen, als zumindest arbeitnehmerähnlich zu qualifizierenden Ausländern gewesen. Der objektive Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last liegenden Verwaltungsübertretungen sei damit erfüllt worden.

Da es sich bei diesen Verwaltungsübertretungen um Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG handle, bei denen von vornherein die Vermutung eines Verschuldens bestehe, die vom Täter widerlegt werden könne, sei es Sache

des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe zu seinem Verschulden nichts weiter vorgebracht, sodass zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen gewesen sei.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde aus den Beschwerdegründen der inhaltlichen Rechtswidrigkeit sowie der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 78/1997, 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 § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG 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.

Auch nach § 4 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes - ÄÜG, 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.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG 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 § 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 Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40 000 S bis zu 240 000 S.

Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit macht der Beschwerdeführer geltend, die belangte Behörde sei mit keinem Wort auf sein Vorbringen eingegangen, es habe sich um ein "Pilotprojekt" gehandelt, bei der Reparatur der VerbandskläranlageS habe es besondere Schwierigkeiten gegeben, sodass man sich der A GmbH als Spezialunternehmen gerade für solche Ausführungsarbeiten bedient habe, die das Unternehmen des Beschwerdeführers nicht zu erbringen in der Lage gewesen sei. Die Gesellschafter der A GmbH hätten auch eigenes Spezialwerkzeug gebraucht, wobei allerdings auf Grund der komplexen Aufgabenstellung die Koordinierung durch den örtlichen Bauleiter unerlässlich gewesen sei.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt der Beschwerdeführer die Unterlassung der Zeugeneinvernahme des von ihm mit Schriftsatz vom 19. August 2003 namhaft gemachten (ausländischen) Zeugen. Die belangte Behörde habe es auch unterlassen, festzustellen, dass die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft ein Pilotprojekt, d. h. ein Projekt, dem keine konkreten Erfahrungswerte zu Grunde gelegen seien, ausgeführt habe, sowie dass die beauftragte A GmbH Spezialschweißarbeiten mit Spezialwerkzeugen ausgeführt habe, die von der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft gar nicht hätten erbracht werden können und die auch über die Spezialwerkzeuge hiefür gar nicht verfüge. Bei vollständiger Ermittlung der entscheidungswesentlichen Tatsachen hätte die belangte Behörde zum Ergebnis kommen müssen, dass ein Werkvertrag vorgelegen sei.

Zunächst ist festzuhalten, dass nach der Begründung des angefochtenen Bescheides die Gewerbeberechtigung (das Fortbetriebsrecht) der A GmbH mit Wirkung vom 20. April 2000 zurückgelegt worden war. Diese Gesellschaft verfügte somit im Zeitpunkt der gegenständlichen Verwaltungsübertretungen über keine derartige Berechtigung mehr. Es ist schon aus diesem Grunde ausgeschlossen, dass die von den drei kroatischen Staatsangehörigen unstrittig erbrachten Arbeitsleistungen für diese Gesellschaft im Rahmen ihres Gewerbes erbracht wurden. Damit konnten die drei Ausländer bei Ausübung ihrer Tätigkeiten für die P GmbH den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 2 lit. b AusIBG (... sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird...) nicht für sich in Anspruch nehmen. Es blieb die Frage zu klären, ob die A GmbH ihre Arbeitsgesellschafter der P GmbH als Arbeitskräfte überlassen hat.

Die belangte Behörde stellte auf Grund des Inhaltes des zwischen der P GmbH und der A GmbH abgeschlossenen und vom Beschwerdeführer anlässlich seiner Einvernahme zur Rechtfertigung vorgelegten "Werkvertrages" vom August 1999 fest, dass die Arbeiten "mit dem Bauleiter des Auftraggebers nach den Anforderungen des Montageverlaufs koordiniert" werden müssten und die "vereinbarten Arbeitskräfte" Anwesenheitspflichten träfen (Pkt. 1 dieser Vereinbarung), sowie dass "fachlich hochqualifiziertes, diszipliniertes und verlässliches Personal.....einzusetzen" sei, wobei dieses (d.h. im Beschwerdefall die drei auf der Baustelle betretenen Gesellschafter der A GmbH) "den Anweisungen des örtlichen Bauleiters des Auftraggebers unbedingt Folge zu leisten" habe (Pkt. 2 dieser Vereinbarung). Allein diese Merkmale der von den drei kroatischen Staatsangehörigen - seien es auch Spezialisten in ihrem Fache - zu erbringenden Arbeitsleistungen sprechen nicht nur gegen das Vorliegen eines seinem tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt nach als Werkvertrag zu beurteilenden Vertrages, sondern auch gegen die Annahme eines von Spezialfacharbeitern mit einem dem Auftraggeber nicht zur Verfügung stehenden "know-how" eigenständig durchzuführenden "Pilotprojekts", wie dies vom Beschwerdeführer ins Treffen geführt worden war. Dem vorliegenden "Werkvertrag" fehlen im Übrigen jede Konkretisierung des herzustellenden Werkes und genaue Zeitvorgaben.

Die Beschwerdeausführungen lassen auch eine konkrete Auseinandersetzung mit den von der belangten Behörde herangezogenen rechtlichen Argumenten, wonach der wahre wirtschaftliche Gehalt der zwischen der P GmbH und der A GmbH getroffenen Vereinbarung gegen das Vorliegen eines Werkvertrages spreche, vermissen. Insbesondere ist nicht einsichtig, dass das Vorliegen eines "Pilotprojektes" - was konkret der Beschwerdeführer darunter versteht wird von ihm im Übrigen nicht näher ausgeführt - die Annahme einer Überlassung spezialisierter Facharbeitskräfte im Sinne des § 4 Abs. 2 AÜG an den Auftraggeber (hier: P GmbH) ausschlösse.

Für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Weg einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist (und die daher nicht unter den Anwendungsbereich des AuslBG fallen), ist unter Bedachtnahme auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt (vgl. § 4 Abs. 1 AÜG) grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinn nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt. Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 4 Abs. 2 AÜG kann daher auch dann vorliegen, wenn - wie im Beschwerdefall behauptet - die beigezogenen Facharbeiter der A GmbH zur Durchführung ihrer Arbeiten von ihnen selbst beigebrachtes Spezialwerkzeug gebrauchten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. Oktober 2001, Zl. 94/09/0384, und die dort angegebene Judikatur). Die für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung sprechenden Argumente (Anwesenheitspflichten der Arbeiter, organisatorische Eingliederung in den Arbeitsablauf, Fach- und Dienstaufsicht durch Organe der P GmbH, Stundennachweise, auf Grund derer die Abrechnung vorgenommen wurde) wurden von der belangten Behörde auf Grund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ohne erkennbare Rechtswidrigkeit festgestellt und bewertet.

Um die Verwendung von ausländischen Arbeitskräften als Beschäftigung im Sinn des § 3 Abs. 1 AuslBG zu qualifizieren, macht es auch keinen Unterschied, 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. 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 (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2003/09/0025, und die dort wiedergegebene Judikatur).

Zum Vorwurf der Nichteinvernahme des vom Beschwerdeführer namhaft gemachten ausländischen Zeugen ist festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer nach erfolglosen Ladungsversuchen durch die belangte Behörde mit Schreiben vom 5. Februar 2003 (zugestellt am 11. Februar 2003) aufgetragen wurde, die ladungsfähigen Anschriften der drei von ihm als Zeugen beantragten Ausländer binnen einer Frist von einer Woche bekannt zu geben bzw. diese zur Verhandlung stellig zu machen. Mit Fristerstreckungsantrag vom 17. Februar 2003 ersuchte der Beschwerdeführer um Fristerstreckung bis 4. März 2003 mit der Begründung, sämtliche von ihm beantragten ausländischen Zeugen seien mittlerweile in Kroatien aufhältig. Erst mit Schreiben vom 18. August 2003 erfolgte die Bekanntgabe der (ausländischen) Postanschrift eines der drei Ausländer für die für den 25. August 2003 anberaumte Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde. Bei dieser Sachlage und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass eine Ladung des Zeugen im Hinblick auf die Kürze der vor der Verhandlung noch zur Verfügung stehenden Zeitspanne nicht mehr in Betracht kam, kann der belangten Behörde aber die Unterlassung der Einvernahme des beantragten Ausländer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung nicht vorgeworfen werden. Von der Möglichkeit, diesen ausländischen Zeugen zur Verhandlung vor der belangten Behörde stellig zu machen, hat der Beschwerdeführer keinen Gebrauch gemacht.

Das Verfahren ist somit - entgegen den Beschwerdeausführungen - nicht mangelhaft geblieben bzw. liegen die behaupteten Verfahrensfehler nicht vor.

Auch der Beweiswürdigung der belangten Behörde, für die Qualifikation als Beschäftigungsverhältnis sei insbesondere die auch vom Beschwerdeführer selbst vorgelegte Kopie des zwischen der P GmbH und der A GmbH abgeschlossenen Werkvertrages sowie der Abrechnung für Montagearbeiten im Monat August 2000 ausschlaggebend gewesen, eine abweichende Beurteilung durch Einvernahme der vom Beschwerdeführer beantragten Zeugen habe nicht erfolgen können, weil die mehrere Monate nach Anforderung und erst kurz vor Eintritt der Verjährungsfrist erfolgte Bekanntgabe der (im Ausland gelegenen) Zeugenadresse als Verschleppungshandlung gewertet habe werden müssen, kann vom Verwaltungsgerichtshof nicht als unschlüssig oder mit den Denkgesetzen in Widerspruch stehend erkannt werden.

Die Beschwerde war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 MRK wurde im gegenständlichen Fall durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der MRK, Genüge getan.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBI. II Nr. 333/2003.

Wien, am 25. Mai 2005

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2004090023.X00

**Im RIS seit**

19.07.2005

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)