

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/9/15 2001/09/0122

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 15.09.2004

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/02 Arbeitnehmerschutz;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1151;  
AÜG §3 Abs4;  
AÜG §4 Abs1;  
AÜG §4 Abs2;  
AuslBG §2 Abs2 lite;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §3 Abs1;  
VStG §44a Z1;  
VStG §44a Z2;  
VStG §44a Z3;  
VStG §44a;  
VStG §51g Abs3 Z1;  
VStG §51i;  
VStG §9 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des W in W, vertreten durch Boller Langhammer Schubert Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Kärntner Straße 10, gegen den Bescheid des

Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 4. Mai 2001, GZ: Senat WU-00-401, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wien-Umgebung vom 12. April 2000 wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma G. HandelsgesmbH in G (Tatort), zu verantworten, dass diese Gesellschaft zumindest am 25. Mai 1998 zwei namentlich bezeichnete polnische Staatsbürger, nämlich I (Spruchpunkt 1.) und N (Spruchpunkt 2.) auf einer näher bezeichneten Baustelle in Wien als Bauhelfer (Montage von Granitplatten) beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5 AuslBG) oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Wegen der Übertretung der § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 AuslBG wurde der Beschwerdeführer gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 zweiter Strafsatz AuslBG mit zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils S 120.000,-- pro unberechtigt beschäftigtem Ausländer (Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 14 Tagen) bestraft.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG insofern Folge gegeben, als der Spruch des Bescheides der Behörde erster Instanz mit der Maßgabe bestätigt wurde, dass die zum Spruchpunkt 1. verhängte Geldstrafe auf S 35.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe auf vier Tage), die zum Spruchpunkt 2. verhängte Geldstrafe auf S 25.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe auf drei Tage) und der Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG herabgesetzt wurde.

Nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens, insbesondere der Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung führte die belangte Behörde im Wesentlichen zur Begründung aus, der Behörde erster Instanz sei dahingehend zu folgen, dass im gegenständlichen Fall unter Berücksichtigung des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 Z. 1 und 2 AÜG von einer Arbeitskräfteüberlassung durch die K GesmbH an die G. HandelsgesmbH hinsichtlich der beiden Ausländer auszugehen sei. Der Beschwerdeführer habe sich im gesamten Verfahren darauf berufen, dass der der G. HandelsgesmbH von der ARGE erteilte Auftrag mit einem Volumen von S 5.000.000,-- zur Durchführung von Steinmetzarbeiten innen sowie Natursteinfassade teilweise im Subauftrag an die Firma K GesmbH weitergegeben worden sei, und die in Rede stehenden beiden polnischen Staatsangehörigen in Ausführung dieses Subauftrages für die K GesmbH bei der Kontrolle durch das Arbeitsinspektorat die Natursteinplatten an der Fassade verlegt hätten. Dass die K GesmbH und insbesondere die für diese tätigen beiden Ausländer ein von den Produkten und Leistungen der G. HandelsgesmbH unterscheidbares Werk bzw. Zwischenergebnis auf der gegenständlichen Baustelle hergestellt hätten, habe vom Beschwerdeführer im gesamten Verfahren nicht dargetan werden können. Der im Verfahren vorgelegte undatierte Rahmenvertrag für die Jahre 1996 bis 1998, welcher zwischen der G. HandelsgesmbH und der K GesmbH angeblich abgeschlossen worden sei, habe kein konkretes von der K GesmbH zu erbringendes Werk enthalten und habe keine vom Subunternehmer auf der gegenständlichen Baustelle zu erbringende Leistung umschrieben. Auch der Beschwerdeführer habe bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung bloß allgemein auf die mündliche in Ausnutzung des Rahmenvertrages ergangene Auftragserteilung an die K GesmbH verwiesen, diese aber nicht näher im Hinblick auf ein vom Werkbesteller unterscheidbares Werk oder Zwischenergebnis konkretisieren können. Aus der im Berufungsverfahren vorgelegten Rechnung der K GesmbH vom 31. August 1998 hätten sich keine Aufschlüsse betreffend ein "vom Werkbesteller unterscheidbares Werk oder Zwischenergebnis" gewinnen lassen, weil darin lediglich allgemein Platten- und Stufenverlegungen usw. nach Quadratmetern bzw. Laufmetern sowie Regiearbeiten in Stunden ausgewiesen worden seien.

Auf Grund der Angaben der Zeugen N und L sei weiters davon auszugehen gewesen, dass auf der gegenständlichen Baustelle sogar in gemischten Arbeitspartien aus Arbeitnehmern der G. HandelsgesmbH und der K GesmbH gearbeitet

worden sei. Dass das gesamte Material von der G. HandelsgesmbH beigestellt worden sei, sei unbestritten geblieben. Ebenso, dass für I überhaupt keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AuslBG zur Tatzeit vorgelegen habe. Aus der Tatsache, dass der K GesmbH für N vom Arbeitsmarktservice für die Zeit vom 20. März 1998 bis 19. März 1999 eine Beschäftigungsbewilligung als Lagerarbeiter erteilt worden sei, habe sich für den Beschwerdeführer auf Grund des § 4 Abs. 3 Z. 1 AuslBG nichts gewinnen lassen, weil dieser Arbeitnehmer einerseits auf der gegenständlichen Baustelle nicht als Lagerarbeiter, sondern als Hilfsarbeiter für die Montage von Natursteinplatten tätig und andererseits dieser Arbeitnehmer auf der gegenständlichen Baustelle länger als eine Woche eingesetzt gewesen sei, sodass die Bestimmung des § 6 Abs. 2 erster Satz AuslBG, die bloß eine Beschäftigung als überlassene Arbeitskraft im Ausmaß von einer Woche zulässt, nicht zum Tragen habe kommen könne. Nach § 6 Abs. 2 letzter Satz AuslBG sei für die Beschäftigung als überlassene Arbeitskraft, soweit sie über eine Woche hinausgehe, eine eigene Beschäftigungsbewilligung erforderlich. In diesem Zusammenhang sei zu erwähnen, dass der Ausländer N bei seiner Vernehmung durch die belangte Behörde glaubhaft und unstrittig angegeben habe, dass er für die K GesmbH seit Anfang April 1998 auf der gegenständlichen Baustelle gearbeitet habe.

Die belangte Behörde führte näher aus, dass der Beschwerdeführer im gesamten Verfahren auf kein taugliches Kontrollsystem zur Vermeidung der gegenständlichen Verstöße gegen das AuslBG habe hinweisen können und im Übrigen nicht einmal ansatzweise dargetan habe, inwieweit er selbst in ausreichendem Maße in ein allfälliges Kontrollsystem eingebunden gewesen sei. Es seien keine als erschwerend zu wertenden einschlägigen Vorstrafen gegeben und habe auch der erhöhte Strafrahmen für Wiederholungstäter im gegenständlichen Fall nicht zur Anwendung kommen können. Die im Vorstrafenvormerk des Beschwerdeführers aufscheinenden Vorstrafen nach dem AuslBG seien erst nach der gegenständlichen Tat in Rechtskraft erwachsen. Hinsichtlich des Ausländer N sei als mildernd zu berücksichtigen gewesen, dass dieser zur Sozialversicherung angemeldet gewesen sei. Weitere Milderungsgründe bzw. Erschwerungsgründe seien im Verfahren nicht hervorgekommen. Die von der belangten Behörde herabgesetzten Strafen würden sich als durchaus schuld- und tatangemessen erweisen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie wegen Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 78/1997, haben folgenden Wortlaut:

"§ 2. ...

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

...

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

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

...

c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes ...

...

(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;

..."

Die maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, lauten:

"§ 3. (1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

(2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

(3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

(4) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbstständig sind.

§ 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 die im Spruch des Bescheides der Behörde erster Instanz genannten Ausländer am genannten Tag auf der genannten Baustelle, auf welcher die G. HandelsgesmbH von der ARGE mit der Durchführung von Steinmetzarbeiten innen sowie Natursteinfassade beauftragt war, Verlegungsarbeiten durchgeführt haben. Der Beschwerdeführer bestreitet auch nicht, dass dies mit von der G. HandelsgesmbH zur Verfügung gestelltem Material erfolgte.

Der Beschwerdeführer hält den angefochtenen Bescheid aber zunächst deswegen für rechtswidrig, weil es die belangte Behörde verabsäumt habe, den von ihm namhaft gemachten Zeugen K, nachdem er trotz einer im Ausland

zugestellten Ladung nicht erschienen war und darauf nicht reagiert hatte, neuerlich zu laden und zu seiner Einvernahme einen weiteren Verhandlungstermin anzuberaumen. Er hätte darlegen können, dass tatsächlich die K GesmbH mit der Ausführung von Verlege- und Natursteinarbeiten betraut gewesen sei, die angetroffenen Arbeiter von der K GesmbH angestellt worden daher auch dieser zuzuordnen gewesen wären und dass keine Arbeitskräfteüberlassung der beiden Ausländer von der K GesmbH an die G. HandelsgesmbH vorgelegen sei.

Der Beschwerdeführer erhebt diese Verfahrensrüge nicht zu Recht. Die belangte Behörde weist in ihrer Gegenschrift zutreffend darauf hin, dass eine inländische Wohnadresse des K nicht bekannt gewesen sei, dass über Antrag des Beschwerdeführers der Versuch unternommen worden sei, K in seinem Heimatstaat Polen zur öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. April 2001 zu laden, dieser aber ohne Angabe von Gründen oder eine Entschuldigung zu dieser Verhandlung nicht erschienen sei, weshalb sich eine weitere Ladung im Hinblick auf die mangelnde Durchsetzbarkeit als aussichtslos erwiesen habe.

Selbst wenn im Übrigen - wie vom Beschwerdeführer behauptet - die Einvernahme des K zu dem Ergebnis geführt hätte, dass die polnischen Staatsbürger von der K GesmbH beschäftigt und daher dieser zuzuordnen gewesen wären, so folgt daraus noch nicht, dass keine Arbeitskräfteüberlassung an die G. HandelsgesmbH vorgelegen wäre, zumal diese Arbeitskräfte unbestritten mit von der G. HandelsgesmbH zur Verfügung gestelltem Material gearbeitet haben, und nicht ersichtlich war, inwiefern sie an einem von jenem des Unternehmens des Beschwerdeführers unterscheidbaren Werk gearbeitet hätten. Der im Verfahren vorgelegte undatierte "Werkvertrag über die Durchführung von Verlegearbeiten für Rahmenaufträge für das Geschäftsjahr 1996/1997/1998" bzw. die in den Akten befindlichen "Vertragsbedingungen für Subunternehmerleistungen" können - wie die belangte Behörde zutreffend ausgeführt hat - schon dem äußeren Anschein nach nicht das Vorliegen eines Werkvertrages zwischen der G. HandelsgesmbH und der K GesmbH erweisen bzw. lassen sich aus der an die G. HandelsgesmbH gerichteten Rechnung der K GesmbH keine Aufschlüsse betreffend ein vom Werkbesteller unterscheidbares Werk oder Zwischenergebnis gewinnen, weil darin lediglich allgemein Platten- und Stufenverlegungen usw. nach Quadratmetern bzw. Laufmetern sowie Regiearbeiten in Stunden ausgewiesen werden.

Soweit sich der Beschwerdeführer für sein weiteres Beschwerdevorbringen auf den Rahmenwerkvertrag stützt, so ist er auf die diesbezüglichen Ausführungen der belangten Behörde zu verweisen, wonach in diesem behauptetermaßen abgeschlossenen undatierten Rahmenvertrag weder ein konkret zu erbringendes Werk noch eine zu erbringende Leistung umschrieben wird und der Beschwerdeführer auch bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung die ergangene Auftragserteilung an die K GesmbH nicht näher im Hinblick auf ein vom Werkbesteller unterscheidbares Werk oder Zwischenergebnis konkretisieren konnte. Da diesem "Werkvertrag" somit seine wesentlichen Bestandteile fehlten, war er auch nicht geeignet, eine Subunternehmereigenschaft der K GesmbH zu untermauern.

Wenn der Beschwerdeführer weiters vorbringt, dass die belangte Behörde übersehen habe, dass für die Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG nur der Arbeitgeber haftbar sei, so lässt er dabei die Bestimmung des § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG außer Betracht, nach der der Beschäftiger i.S.d. § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes dem Arbeitgeber gleichzuhalten ist.

Das Beschwerdevorbringen hinsichtlich der Unvollständigkeit des Spruches des angefochtenen Bescheides im Lichte des § 44a VStG trifft nicht zu, weil mit dem auf § 66 Abs. 4 AVG gegründeten Spruch des angefochtenen Bescheides, mit dem die gegen das Straferkenntnis erster Instanz erhobene Berufung als unbegründet abgewiesen wurde, der Spruch der Behörde erster Instanz und die darin richtig enthaltene Anführung der angewandten Rechtsvorschriften übernommen wurden. Entspricht daher - wie im vorliegenden Fall - der Spruch des Erkenntnisses der ersten Instanz den Bestimmungen des § 44a VStG, wurde also im Spruch des Erkenntnisses der Erstbehörde insbesondere die als erwiesen angenommene Tat hinreichend konkretisiert und die angewandte Strafbestimmung richtig angeführt, so bedarf es keiner Wiederholung dieses Abspruches im Spruch des Berufungsbescheides. Nur wenn der Bescheidspruch erster Instanz fehlerhaft ist, ist die Berufungsbehörde verpflichtet, dies in ihrem Abspruch entsprechend richtig zu stellen, ansonsten sie ihre Entscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 1982, Zl. 81/04/0190, m.w.N.).

Der Beschwerdevorwurf trifft nicht zu, die belangte Behörde habe zur Feststellung der Verwendung überlassener Arbeitskräfte durch das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen auf rechtswidrige Weise § 5 Abs. 1 VStG herangezogen, welche Bestimmung nur für die Beurteilung der Schuld, nicht aber für die Tatfrage gelte. Diese

Feststellung hat die belangte Behörde vielmehr in freier Beweiswürdigung ohne Anwendung des § 5 Abs. 1 VStG getroffen.

Auch mit dem Hinweis auf § 11 AÜG, wonach die Überlassung von Arbeitskräften nur nach Abschluss bestimmter Vereinbarungen zulässig ist, zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil aus dem Umstand, dass solche Vereinbarungen nicht getroffen wurden, nicht der Schluss gezogen werden kann, dass eine Überlassung von Arbeitskräften nicht vorlag.

Aus den dargelegten Gründen war die Beschwerde insgesamt als unbegründet gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 15. September 2004

#### **Schlagworte**

Berufungsbescheid Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen  
VwRallg9/1 Mängel im Spruch Spruch der Berufungsbehörde vollinhaltliche Übernahme des Spruches der ersten Instanz Strafnorm Berufungsbescheid Verwaltungsvorschrift Mängel im Spruch

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2001090122.X00

#### **Im RIS seit**

20.10.2004

**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)