

TE Vwgh Erkenntnis 2003/11/20 2000/09/0173

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.11.2003

Index

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

Norm

ABGB §1151;
ABGB §1166;
AÜG §3;
AÜG §4 Abs1;
AÜG §4 Abs2 Z2;
AÜG §4 Abs2 Z4;
AÜG §4 Abs2;
AusIBG §2 Abs2 lite;
AusIBG §2 Abs3 litc;
AusIBG §2 Abs4;
AusIBG §28 Abs1 Z1 lita;
AusIBG §3 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Hanslik, über die Beschwerde des L in S, vertreten durch Mag. Helmut Hawranek, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Friedrichgasse 6/5/24, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 20. Juli 2000, Zi. UVS 303.12-11/2000-34, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (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 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem - nach Durchführung öffentlicher mündlicher Verhandlungen -

im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 20. Juli 2000 wurde der Beschwerdeführer - unter Bedachtnahme auf die aus dem erstinstanzlichen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg vom 16. Februar 2000 übernommenen Spruchteile - der Begehung von zwei Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AusIBG) dahingehend für schuldig befunden, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der F Handelsgesellschaft mbH mit dem Sitz in S (erkennbar zu ergänzen ist wohl: zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin) in der Zeit vom 20. bis 30. September 1999 zwei namentlich näher umschriebene Ausländer (beide polnische Staatsangehörige) beschäftigt (habe), "obwohl ihnen in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber" (richtig wohl: der Gesellschaft als Arbeitgeberin) der überlassenen Arbeitskräfte für die angeführten Ausländer keine arbeitsmarktbehördliche Genehmigung (Beschäftigungsbewilligung, Anzeigebestätigung, Arbeitserlaubnis und Befreiungsschein) erteilt wurde.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über den Beschwerdeführer nach dem zweiten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AusIBG zwei Geldstrafen in Höhe von jeweils S 30.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils ein Tag und 18 Stunden) und Kostenbeiträge für das erstinstanzliche Verfahren von insgesamt S 6.000,-- sowie für das Berufungsverfahren von insgesamt S 12.000,-- verhängt.

Die belangte Behörde stellte folgenden Sachverhalt fest:

"Der Berufungswerber ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der F Handels GesmbH mit Sitz in S, mit dem Unternehmensgegenstand: Vertrieb und Montage von Fenstern, mit 30 bis 35 Arbeitnehmern im September 1999. Sie wurde laut Auftragsschreiben vom 26.07.1999, Auftrags-Nummer 118/7815, von der Sc mit der Lieferung von Fenstern und den dazugehörigen Versetzarbeiten beim Bauvorhaben Sch, L, Vstraße 7, beauftragt. Der Bauleiter der F Handels GesmbH H, und A handelten dann einen Subauftrag aus, der im Auftragsschreiben vom 15.09.1999 schriftlich festgelegt wurde. Danach beauftragte die Gesellschaft A mit folgenden Arbeiten: 'Hilfsmaterial bzw. Montagematerial kann Hr. A bei Fa. F kaufen; Vertragen und versetzen der Fenster-Fenstertürelemente, Rohrdübelmontage, befestigen am Mauerwerk, ausschäumen mit PU-Schaum, beschneiden des PU-Schaum, Feineinstellung der Beschläge, Montage der bereits zugeschnittenen Stockverbreiterungen,' dies betreffend 162 Stück Maueröffnungen, einschließlich des Silikonierens innen und außen und der Montage von Zugluftelementen, mit einer Auftragssumme von S 118.260,--.

Weiters heißt es in diesem Auftragsschreiben: 'Als Beilage werden die Auftragsauflagen der Fa. Sc beigelegt, welche ebenfalls für die Fa. A Annerkennung finden.' Letzteres bedeutete, dass der Vertrag mit der Sc im Verhältnis 1:1, also mit allen enthaltenen Verpflichtungen an die Subfirma weitergegeben wurde.

Die gesamte Baustelle umfasste fünf Häuser, der Subauftrag über 162 Stück Maueröffnungen betraf nur einen Teil der Fenster bei den Häusern A und B. A, G, Kstraße 85, ist ausgebildeter Tischler und übt diesen Beruf als Einzelperson selbstständig aus, er beschäftigte im September 1999 legal keine Arbeitnehmer und besaß keine Gewerbeberechtigung. Es war dies der erste Auftrag, den er für die F Handels GesmbH übernahm. H gab A den Preis vor, und machte ihm klar, dass er den Auftrag nur zu diesen Bedingungen erhält. Um irgendeinen Gewinn zu machen, entschloss sich A, den Auftrag mit Schwarzarbeitern durchzuführen. Zusätzlich vereinbarte er mündlich mit H, diesen Auftrag mit einer Hilfskraft durchzuführen. Da das Bauvorhaben in mehreren Bauabschnitten laufend erweitert wurde, wurde kein Fertigstellungstermin vereinbart; die Montage der Fenster sollte laut Auftragsschreiben am 16.09.1999 beginnen. Am 20.09.1999 fuhr A in G in die Bstraße zum sogenannten 'Arbeiterstrich' vor dem Gebäude des Arbeitsmarktservice. Dort fragte er die beiden polnischen Staatsangehörigen I und Z, ob sie für ihn arbeiten würden. Sie fuhren mit ihm nach L zur Baustelle Sch, begannen am selben Tag bei der Fenstermontage zu arbeiten und arbeiteten bis 30.09.1999 täglich von 07.30 Uhr bis 17.00 Uhr mit einer einstündigen Mittagspause. I vereinbarte mit A einen Stundenlohn von S 100,-- und erhielt für die Woche vom 20. bis 24.09.1999 den Betrag von S 6.000,-- ausbezahlt. Z vereinbarte mit A einen Stundenlohn von S 70,-- oder S 80,-- und erhielt für die genannte Woche einen Betrag von S 3.500,-- für ca. 50 Stunden bezahlt. A war täglich, aber nicht durchgehend auf der Baustelle. Er beaufsichtigte die beiden Polen und gab, wenn er abwesend war, I telefonische Anweisungen für die Arbeit, da dieser besser deutsch sprach als sein Kollege. In der Abwesenheit des A beaufsichtigten aber auch der Polier der Sc, St, und der Bauleiter der F Handels GesmbH, H, die Arbeit der beiden Polen. Diese wohnten in G und kamen selbstständig mit einem PKW mit polnischem Kennzeichen zur Baustelle. H war bekannt, das A Ausländer verwendete, er fragte ihn aber nicht nach Beschäftigungsbewilligungen. Die Fenster wurden von der F Handels GesmbH auf die Baustelle gestellt. A bezog das

Montagematerial (Silikon, PU-Schaum, Rohrdübel) von der F Handels GesmbH, er holte es entweder selbst von deren Betrieb in S ab oder ließ es sich von H auf die Baustelle mitbringen, bezahlte es aber bei der Lieferung nicht. Die Arbeiter benötigten zur Montage folgendes Werkzeug: Bohrmaschinen, Wasserwaage, Schraubenzieher, Schrauber; es wurde von A beigestellt. Dieser führte auch Arbeiten durch, die im Vertrag nicht vorgesehen waren, zum Beispiel teilweise Verglasung von Fenstern und Versetzen von Innen- und Außenfensterbänken. Vom 20.09.1999 bis 30.09.1999 arbeitete kein anderes Unternehmen auf dieser Baustelle bei der Fenstermontage. Der Bürgermeister der Stadt G bestrafte A wegen Beschäftigung von I und Z mit Straferkenntnis vom 18.02.2000, GZ.: A 4-St 1056/1999/303, und darüber hinaus wegen Beschäftigung eines dritten polnischen Staatsangehörigen namens 'C'. A meldete I und Z nachträglich bei der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse an. Für I und Z war dem Berufungswerber keine Beschäftigungsbewilligung erteilt, und keine Anzeigebestätigung ausgestellt worden und die Ausländer besaßen keinen Befreiungsschein und keine Arbeitserlaubnis."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde den Sachverhalt folgendermaßen:

"Von den im § 2 Abs. 2 AuslBG aufgezählten Arten der Beschäftigung kommt hier lit. e (Verwendung überlassener Arbeitskräfte) in Betracht.

...

Werden Arbeitskräfte auf einer Baustelle des Auftraggebers beschäftigt, erbringen sie ihre Arbeitsleistung in dessen Betrieb (VwGH ...). 'Im Betrieb' ist dabei nicht örtlich, sondern funktional als 'in Verfolgung der betriebstypischen Erwerbszwecke' zu verstehen (VwGH ...). Die Ausländer verrichteten daher ihre Arbeitsleistungen im Betrieb des Berufungswerbers. Das Auftragsschreiben vom 15.09.1999 umschreibt das 'Werk' mit 'vertragen und versetzen der Fenster-Fenstertürelemente' betreffend 162 Stück Maueröffnungen beim Bauvorhaben Sch, Vstraße 7.

...

Da die F Handels GesmbH ebenso die Montage von Fenstern durchführt wie A, weichen die Subauftragsarbeiten zumindest nicht von den Dienstleistungen des Auftraggebers ab und sind nicht unterscheidbar. Sie sind aber ebenso nicht fest umgrenzt und vereinbarungsgemäß umschrieben: Im Auftragsschreiben ist nicht erwähnt, dass die Arbeit nur einen Teil der Maueröffnungen bei einem Teil der Bauabschnitte betraf, nämlich bei den Bauabschnitten A und B. Das Auftragsschreiben sagt nichts darüber aus, in welchem Bauabschnitt die Maueröffnungen liegen und wie sie örtlich zuzuordnen sind. 'Vereinbarungsgemäß umschrieben' verlangt aber, dass das Werk von vornherein schriftlich festgelegt sein muss - diese Anforderungen erfüllt das Auftragsschreiben vom 15.09.1999 nicht.

Ob die Arbeitskräfte 'die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten', ist nicht nach numerischen Kategorien, sondern nach der Bedeutung des Werkzeugs und des Materials zu beurteilen, das bei der Werkleistung eingesetzt wird (VwGH ...). Hier stellte A unzweifelhaft das Werkzeug bei, die Beistellung des Montagemateriales ist, wie angeführt, offen, die Fenster stelle jedoch der Werkbesteller zur Verfügung, und diese haben für die Werkleistung unbestreitbar die größte Bedeutung, die schon aufgrund ihres Wertes, wobei der Betrag von S 1.496.167,26 laut Seite 31 der Beilage ./A zu nennen ist. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die beiden Ausländer die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers geleistet haben.

Waren die beiden Ausländer dem Weisungsrecht des Berufungswerbers unterstellt? Wenn die Unterscheidung zu treffen ist, ob sie organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert waren und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden, oder ob das auf den Betrieb des Werkunternehmers zutrifft, ist zu erwähnen, dass sie jedenfalls in den Betrieb des Werkunternehmers nicht eingegliedert sein konnten, weil es einen solchen Betrieb nicht gab: A war 'Alleinunternehmer' ohne Gewerbeberechtigung und ohne legal beschäftigte Arbeitnehmer, er hatte die beiden Ausländer auf dem Arbeitsstrich 'aufgelesen'. Wie erwähnt hält Punkt 9. des Auftragsschreibens vom 26.07.1999 auch für den Subauftragnehmer, danach waren die Anordnungen des Bauleiters des Subauftraggebers für den Subauftragnehmer während der gesamten Bauzeit verbindlich und der Subauftragnehmer hatte den Anordnungen des Subauftraggebers Folge zu leisten. Im Sachverhalt ist schon erwähnt, dass der Bauleiter H der F Handels GesmbH während der Abwesenheit von A von der Baustelle 'im Team' auch die Fensterversetzungsarbeiten zu beaufsichtigen hatte. Obwohl A den beiden Ausländern während seiner Abwesenheit auch telefonisch Anweisungen gab, bestand also daneben auch ein Weisungsrecht des Bauleiters des Berufungswerbers, das sowohl in Punkt 9. des Auftragsschreibens festgelegt als auch in der Praxis tatsächlich gehandhabt wurde. Aus diesem Weisungsrecht kann allerdings nicht auf eine vollständige Eingliederung der Ausländer in den Betrieb des Werkbestellers geschlossen

werden, sodass dieses Tatbestandsmerkmal weder zu Lasten noch zu Gunsten des Berufungswerbers spricht.

Mit der Haftung des Werkunternehmers für den Erfolg der Werkleistung ist einerseits gemeint, ob der Werkunternehmer die Preisgefahr trägt, also das Risiko für zufälligen Untergang des Werkes bis zur Übernahme der Sache durch den Werkbesteller, andererseits die Haftung für Mängel der Leistung nach Gewährleistungs- und Schadenersatzrecht. Das Auftragsschreiben vom 15.09.1999 sagt nichts über eine allfällige Haftung des Subauftragnehmers aus, im Auftragsschreiben vom 26.07.1999 befasst sich Punkt 17 mit Bauschäden und legt fest, dass der Auftragnehmer für von ihm selbst oder durch seine Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen verursachte Beschädigungen und Zerstörungen am Eigentum des Auftraggebers oder Dritter haftet: Dies ist keine Haftungsvereinbarung, die den Erfolg der Werkleistung betrifft. Allerdings enthält Punkt 8. dieses Auftragsschreibens eine Gewährleistungsregelung: Es wird eine Frist von 3 Jahren festgelegt, der Auftragnehmer haftet für die sach- und fachgerechte sowie termingemäße Ausführung der beauftragten Leistungen und die bedungenen Eigenschaften. Laut Vereinbarung bestand somit eine Pflicht zur Haftung, sie konnte aber vom Auftraggeber auch erzwungen werden, indem er die Bezahlung der Rechnung von A bis zur Behebung der Mängel verweigerte, was in der Praxis auch geschehen ist, wie sich das aus den Beilagen ./B, ./C und ./F ergibt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass bei Erfüllung eines der Tatbestandsmerkmale des Abs. 2 jedenfalls Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser an den Werkbesteller als Beschäftiger vorliegt. Wie ausgeführt trifft es zu, dass die Ausländer im Sinn der Ziffer 1 kein fest umgrenztes vereinbarungsgemäß umschriebenes Werk herstellten und dass sie die Arbeit im Sinne der Ziffer 2 nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers geleistet haben. Es kann daher bereits aufgrund der bisherigen Ergebnisse gesagt werden, dass A die beiden polnischen Staatsangehörigen an den Berufungswerber überlassen hat.

Unabhängig davon kann aber auch nach § 4 Abs. 1 AÜG geprüft werden, ob nicht Arbeitskräfteüberlassung deswegen vorliegt, weil Tatbestandsmomente gegeben sind, die denen der Ziffern 1 bis 4 gleichwertig sind und aufgrund des wahren wirtschaftlichen Gehalts eine Arbeitskräfteüberlassung indizieren: So ist zu prüfen ob die vertraglichen Vereinbarungen der Vertragspartner mit den tatsächlichen Verhältnissen, mit dem tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vorgänge übereinstimmen. Hilfskriterium bei dieser Prüfung ist dabei immer auch die Frage, ob der 'Werkunternehmer' nach seiner materiellen Ausstattung sowie nach der gewerberechtlichen Kompetenz (handwerklicher Befähigungsnachweis) überhaupt in der Lage ist, einen anderen Geschäftszweck als den der Arbeitskräfteüberlassung zu betreiben. Wie angeführt hatte A keine Gewerbeberechtigung und überhaupt keinen Betrieb. Bei echten Werkverträgen bestimmt der Werkunternehmer die Anzahl der Erfüllungsgehilfen selbst, wird er aber verpflichtet, eine genau festgelegte Zahl von Arbeitskräften zur Verfügung zu stellen, ist dies ein Anzeichen für Arbeitskräfteüberlassung. Hier hatte A mit H vereinbart, dass er die Fenster mit einer Hilfskraft versetzen werde.

Zusammengefasst ergibt sich daher: Der Subauftraggeber hat einen Subauftragnehmer gewählt, der keine Gewerbeberechtigung besaß, hat diesem Preise diktiert, die nur bei Verwendung von Schwarzarbeitern eingehalten werden konnten, und ihn verpflichtet, mit einer Hilfskraft zu arbeiten. Es ist auch zu erwähnen, dass der Bauleiter H gewusst hat, dass der Subunternehmer Ausländer beschäftigt, der den Subunternehmer aber trotzdem nicht aufgefordert hat, ihm Beschäftigungsbewilligungen vorzuweisen. Die Regelung des Punktes 5. des Auftragsschreibens vom 26.07.1999 bestand daher nur auf dem Papier. Dasselbe trifft auf Punkt 9. dieser Urkunde zu, weil vom Subauftragnehmer tatsächlich nicht verlangt wurde, eine Bautagebuch zu führen, wie dies schriftlich festgelegt worden war. Wie der Auftrag tatsächlich ausgeführt wurde wichen von der Vereinbarung somit in wichtigen Punkten ab - dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass es dem Berufungswerber nicht darauf ankam, die einmal schriftlich getroffenen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien auch tatsächlich wirksam werden zu lassen. Wie ausgeführt wurde A als Überlasser der beiden Ausländer rechtskräftig bestraft. Dem Berufungswerber wurde die Beschäftigung dieser Ausländer als Beschäftiger zu Recht vorgeworfen, er habe sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer im Grunde des § 9 Abs. 1 VStG zu vertreten."

Weitere Ausführungen betreffen die örtliche Zuständigkeit, das Verschulden und die Strafbemessung.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Der Beschwerdeführer erachtet sich in dem Recht verletzt, nicht der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG schuldig erkannt und dafür bestraft zu werden, bzw. auch in dem Recht auf fehlerfreie Handhabung

des von der belangten Behörde bei der Strafbemessung auszuübenden Ermessens. Er beantragt, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG (in der Fassung der Novelle 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.

Als Beschäftigung (im Sinne des AuslBG) gilt u.a. nach § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Nach § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG sind in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes den Arbeitgebern gleich zu halten.

Gemäß § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG; BGBl. Nr. 196/1988) ist Beschäftiger, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist zufolge § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle 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 den 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.

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, 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. Es kann Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von § 4 Abs. 2 AÜG auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt dieses Tatbestandsmerkmal (im Sinne der Z. 3 der genannten Bestimmung) doch nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Juni 2002, ZI. 2002/09/0027, und die darin angegebene Judikatur).

Der Beschwerdeführer ist damit, der festgestellte Sachverhalt rechtfertige seine Bestrafung (wegen unerlaubter Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte) nicht, im Ergebnis im Recht:

Die Ausländer waren nach den im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen nicht in einen vom Beschwerdeführer bzw. seinem Bauleiter vorgegebenen Arbeitsablauf eingegliedert und es oblag dem Beschwerdeführer oder seinem Bauleiter nicht, die Arbeit durch Weisungen zu organisieren. Dass der Beschwerdeführer oder sein Bauleiter direkte Weisungen an die Ausländer erteilten, ist den getroffenen Feststellungen jedenfalls nicht zu entnehmen. Die belangte Behörde hat in dieser Hinsicht vielmehr festgestellt, dass A täglich an der Baustelle war, die Ausländer "beaufsichtigte" und einem der beiden (weil er besser deutsch sprechen konnte) telefonische Anweisungen gab. Dem gegenüber stellt die belangte Behörde ausdrücklich fest, der Polier des

Bauherrn und der Bauleiter der Firma F Handelsgesellschaft mbH (im Folgenden kurz: Firma F) hätten "die Arbeit der beiden Polen" beaufsichtigt; Polier und Bauleiter haben somit die "Arbeit" und nicht Arbeitskräfte kontrolliert, woraus allenfalls auf sachliche Kontrollen des Arbeitserfolges zu schließen ist.

Ein von der belangten Behörde aus dem Punkt 9. des Auftragschreibens vom 26. Juli 1999 abgeleitetes "Weisungsrecht des Bauleiters des Berufungswerbers" richtet sich nicht an Arbeitskräfte sondern an den "Auftragnehmer" (also zunächst an die Firma F) und dieses "Weisungsrecht" wurde - durch den Subauftrag - auf den Subauftragnehmer (bzw. "Subsubauftragnehmer") A überbunden. Ein direktes Weisungsrecht des Bauleiters der Firma F gegenüber Arbeitskräften des Subauftragnehmers A ist daraus nicht abzuleiten. In diesem Zusammenhang ist auf die Aussage des Zeugen H zu verweisen, wonach dieser nicht versucht habe mit den Ausländern (direkt) in Verbindung zu treten sondern A "alles erforderliche" mitteilte.

Die belangte Behörde hat im Ergebnis schließlich selbst "aus diesem Weisungsrecht nicht auf eine vollständige Eingliederung der Ausländer in den Betrieb des Werkbestellers geschlossen". Abgesehen davon, dass eine direkte Überwachung der Ausländer oder Anweisungen an Arbeitskräfte des A die über den Rahmen der Koordinierung des Baufortschrittes hinausgingen, nicht festgestellt wurden und aus dem Akteninhalt auch nicht zu ersehen sind, ist nicht zu erkennen, inwieweit vorliegend die Gestaltungsmöglichkeit bzw. die persönliche Gestaltung der Leistung des Subunternehmers A konkret beeinträchtigt gewesen ist (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse jeweils vom 23. Mai 2002, Zl. 2001/09/0073 und Zl. 2001/09/0150).

Die belangte Behörde stellt fest, der Subauftragnehmer A habe das Werkzeug (für die Fenstermontage) beigestellt. Die Arbeit hätten die Ausländer jedoch deshalb nicht mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers (A) geleistet, weil die Beistellung des Montagematerials "offen" sei und die Fenster der Werkbesteller (Firma F) "zur Verfügung gestellt" habe.

Dabei lässt die belangte Behörde unberücksichtigt, dass die Vertragsparteien die Stoffbeistellung (das Material; vgl. § 1166 ABGB) beliebig regeln können. Ohne vertragliche Regelung hat nach herrschender Meinung der Werkbesteller für die Stoffbeistellung zu sorgen, er kann das Material selbst beistellen, durch Dritte liefern lassen, oder aus Beständen des Werkunternehmers auswählen. Anders als beim Werkzeug, dessen Beistellung als Abgrenzungskriterium Aussagekraft besitzt, kommt hingegen der Materialbeistellung (des Werkstoffes) für sich allein gesehen keine allzu große Bedeutung zu (vgl. das genannte Erkenntnis Zl. 2001/09/0073). Der von der belangten Behörde herausgestellte (wirtschaftliche) Wert der Fenster im Verhältnis zum Wert der Arbeit wäre selbst für eine Abgrenzung von Werk- und Kaufvertrag nicht entscheidend, ist für die Einordnung eines Vertrages als Werkvertrag - im Gegensatz zum Kaufvertrag - doch wesentlich die Herstellung einer den besonderen Bedürfnissen und Wünschen des Bestellers gemäß zu fertigende Sache (individuelle Sache; vgl. auch die bei Dittrich/Tades, ABGB, 34. Auflage 1994, Seite 1468, E 1, und E 9, E 11a und 11b wiedergegebene Judikatur).

Die belangte Behörde betont zunächst, dass keine "Haftungsvereinbarung", die den "Erfolg der Werkleistung" betrifft, getroffen worden sei und verweist dann auf eine mit Punkt 8. des Auftragschreibens vom 26. Juli 1999 getroffene Gewährleistungsregelung und ein im Falle von Mängeln bestehendes Recht des Auftraggebers, die Bezahlung des Werklohnes bis zur Mängelbehebung zu verweigern. Wie die belangte Behörde abschließend selbst ausführt, sei dies - wie näher bezeichneten Urkunden zu entnehmen sei - "in der Praxis auch geschehen". Demnach ist vorliegend aber davon auszugehen, dass der Subauftragnehmer A im Sinne von § 4 Abs. 2 Z. 4 AÜG gegenüber der Firma F für den Erfolg seiner Werkleistung haftet; damit in Einklang stehen die über Mängel, Werklohn und Gewährleistungsansprüche - wie dem Akteninhalt zu entnehmen ist - zwischen A und der Firma F bestehenden (gerichtlichen) Auseinandersetzungen.

Das Unternehmerrisiko, das vorliegend somit nicht abbedungen wurde und für den Subauftragsnehmer A bestanden hat, ist ein wichtiges Abgrenzungsmerkmal und weist auf einen Werkvertrag hin, hatte der Subauftragnehmer A doch Leistungsstörungen gegenüber der Firma F zu verantworten. Nur ein selbständiger Werkunternehmer (im Gegensatz zu einem Arbeitskräfteüberlasser) hat Leistungsstörungen dem Werkbesteller (hier: Firma F) gegenüber zu verantworten und Personen, derer er sich zur Werkerstellung bedient, sind dem Besteller gegenüber Erfüllungsgehilfen. Es kommt im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale dem Umstand allein, dass die Baustelle, an der das Werk erstellt wird, auch in die betriebliche Sphäre der Firma F zugeordnet werden

kann, im vorliegenden Fall nicht die entscheidende Bedeutung für die Wertung als Beschäftigungsverhältnis zu (vgl. hiezu auch Bachler, Einsatz von Werkverträgen im Ausländerbeschäftigungsrecht, ZAS 2001 Nr. 1, Seite 1 ff, insbesondere 4).

Der Verwaltungsgerichtshof teilt im gegenständlichen Fall somit die Ansicht (Beurteilung) der belangten Behörde nicht, dass ausgehend vom festgestellten Sachverhalt und vor dem Hintergrund der in § 4 Abs. 2 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale (Z 1 bis Z. 4) Arbeitskräfteüberlassung vorgelegen ist. Auch eine Gesamtbeurteilung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG bzw. § 4 Abs. 1 AÜG) führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass ein (echter) Werkvertrag und nicht bloß eine Überlassung von Arbeitskräften vorgelegen ist. Dass der Subauftragnehmer A - wie die belangte Behörde ausgeführt hat - "keine Gewerbeberechtigung und keinen Betrieb hatte" vermag an diesem wahren wirtschaftlichen Gehalt der mit diesem Subauftragnehmer getroffenen Vereinbarung nichts zu ändern, nämlich dass ein Werk zu erstellen war. Das in diesem Zusammenhang gebrauchte Argument, der Bauleiter H habe dem Subauftragnehmer A "vorgeschriven", dass die Fenster "mit einer Hilfskraft versetzt werden", ist sachverhaltsmäßig nicht nachvollziehbar und hinsichtlich der Anzahl der vom Subauftragnehmer tatsächlich eingesetzten Arbeitskräfte jedenfalls widerlegt. Im Übrigen ist in dieser Hinsicht neuerlich auf die oben gegebene Begründung zum Tatbestandsmerkmal der Z. 3 des § 4 Abs. 2 AÜG zu verweisen.

Da die belangte Behörde sohin in Verkennung der Rechtslage unrichtige Schlüsse aus dem festgestellten Sachverhalt gezogen hat, war der angefochtene Bescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. II Nr. 333/2003. Die Umrechnung der Gebühr nach§ 24 Abs. 3 VwGG beruht auf § 3 Abs. 2 Z. 2 Eurogesetz, BGBl. I Nr. 72/2000.

Wien, am 20. November 2003

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2003:2000090173.X00

Im RIS seit

24.12.2003

Zuletzt aktualisiert am

10.08.2009

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at