jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE UVS Wien 1993/11/05 07/13/695/93

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 05.11.1993

Beachte

Ablehnung der Behandlung der Beschwerde durch den VwGH, Zl 93/09/0503 vom 21. Jänner 1994 **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch das Mitglied Dr Bachler über die Berufung des Herrn Erich P vom 5.7.1993 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2. Bezirk, vom 15.6.1993, Zahl MBA 2 - S 8453/92, wegen Übertretung des §28 Abs1 Z1 lita iVm §3 Abs1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl Nr 218/1975, in der Fassung BGBl Nr 450/1990, sowie iVm §9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, entschieden:

Gemäß §66 Abs4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Der Berufungswerber hat daher gemäß §64 Abs1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von je S 2.000,-- zu Punkt 1) bis 3) zusammen S 6.000,-- , das sind 20 % der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen.

Text

Begründung:

Dem Berufungswerber war zur Last gelegt worden:

"Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Erich P GmbH mit Sitz in Wien, zu verantworten, daß diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 2.10.1992, um 10.45 Uhr auf der Baustelle in Wien, W-straße

1) Herrn Semsudin S, jugoslawischer Staatsangehöriger, geb 1960, als Maurer,

2) Herrn Mirsad S, jugoslawischer Staatsangehöriger, geb 1965, als Maurer und

3) Herrn Muzafir S, jugoslawischer Staatsangehöriger, geb 1960, als Maurer

beschäftigt hat, obwohl für diese Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt wurde."

Er brachte dagegen vor, daß Verfolgungsverjährung eingetreten sei, weil ihm mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 5.11.1992 eine Übertretung mit Tatort Wien, Wi-straße vorgeworfen worden sei, erst im Straferkenntnis habe der Tatort Wien, W-straße richtig gelautet. Inhaltlich bringt er vor, daß die, bei Arbeiten angetroffenen Ausländer für die L GmbH gearbeitet hätten, an welche der Auftrag zur Herstellung der Außenputzarbeiten weitergegeben worden sei. Es handle sich dabei um einen Werkvertrag. Dazu habe die Position "Bauleitung" im Auftragsschreiben lediglich die koordinierende Tätigkeit des Berufungswerbers mit verschiedensten Professionisten und Subunternehmern betroffen. Es sei hierdurch keineswegs in die Weisungsstruktur der Firma L GmbH eingegriffen worden. Zum Beweis für das

letztgenannte Vorbringen beantragte der Berufungswerber die Einvernahme des N M Milonig und des H Q. Das Verputzmaterial wäre durch die Firma P zur Verfügung gestellt worden, das Werkzeug sei von der L GmbH selbst beigestellt worden. Durch den Werkvertrag mit der L GmbH seien deren Arbeitskräfte in keinerweise schlechter in deren Lohn- und Arbeitsbedingungen gestellt worden und es habe auch keine Gefährdung der Arbeitsplätze in Österreich hierdurch bewirkt werden können, sodaß §2 Abs3 AÜG nicht zur Anwendung gelange. Zur subjektiven Tatseite bringt der Berufungswerber vor, daß er sehr vorsichtig gewesen sei, kein Risiko eingehen wollte und daher von der L GmbH die Anmeldungen aller jener Dienstnehmer dieses Unternehmens zur Wiener Gebietskrankenkasse verlangt habe, die im Zuge des Werkvertrages als Dienstnehmer der L GmbH die Arbeiten durchführen sollten. Kopien derselben wurden dem Berufungswerber gesandt und er habe darauf vertrauen können, daß diese drei Dienstnehmer auch tatsächlich von der L GmbH zur Erbringung der werkvertraglich bedingten Leistungen eingesetzt würden. Er habe keinen Grund zum Argwohn dahingegend gehabt, daß die L GmbH andere Dienstnehmer zur Baustelle schicken würde. Eine Falschinformation durch die L GmbH könne ihm aber nicht zum Vorwurf gemacht werden. Zuletzt rügt der Berufungswerber die Nicht-Einvernahme der beantragten Zeugen als Verfahrensmangel.

Zur Strafhöhe bringt er eventualiter vor, daß im Hinblick auf seine bisherige Unbescholtenheit die Geldstrafe nicht gerechtfertigt erscheine, das geringe Verschulden seinerseits nicht berücksichtigt worden sei und die Strafe auch sozial nicht angemessen sei.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien forderte den Berufungswerber mit Schreiben vom 25.8.1993 auf, folgendes vorzulegen:

a) Bekanntgabe, für wen (Bauträger/Auftraggeber etc) die Erich P GmbH mit Sitz in Wien, am 2. Oktober 1992 arbeitete.

b) Anbote der Firma Erich P GmbH zur Durchführung der Arbeiten in Wien, W-straße, im Zeitraum um den 2.10.1992,

c)

Auftragsvolumen,

d)

gelegte Rechnungen (Teilrechnungen) der Firma Erich P GmbH und erhaltene Zahlungen,

e)

Anbote der Firma L GmbH,

f)

genaue Leistungsbeschreibung der von der Firma L GmbH durchzuführenden Arbeiten, Auftragsvolumen,

g) gelegte Rechnungen der Firma L GmbH bzw von der Firma Erich P GmbH an die Firma L GmbH geleistete Zahlungen,

h) komplette Nebenabreden bei der Auftragserteilung an die Firma L GmbH (insbesondere wer trug Gewährleistung, wer stellte Material, wer teilte einzuhaltende Fristen, Arbeitsdurchführung ein; gab es mit dem Verantwortlichen der Firma L GmbH über Anordnungsbefugnis gegenüber Arbeitern Vereinbarungen, Baustellenordnung?),

i) war der Verantwortliche der Firma L GmbH auf der Baustelle, bzw wenn ja, wie oft und wann,

j) gewöhnlicher Betriebszweck der Firma Erich P GmbH; Unterschiede der an die Firma L GmbH vergebenen Arbeiten zum Betriebszweck der Firma Erich P GmbH,

k) Maßnahmen der Firma Erich P GmbH bei Auftragsvergabe an die Firma L GmbH zur Prüfung, ob diese gewerberechtlich hiezu befugt ist, bzw für den Fall, daß die Firma L GmbH Ausländer beschäftigte, ob diese dem Ausländerbeschäftigungsgesetz entsprechende Genehmigungen hatten, dh nicht die Sozialversicherungsanmeldung betreffende Maßnahmen,

l) Bekanntgabe, ob bzw wieviele eigene Arbeiter der Firma Erich P GmbH auf der Baustelle tätig waren und welche Arbeiten sie durchführten.

Der Berufungswerber legte zu den Punkten a) bis f) die entsprechenden Anbots- und Auftragsschreiben vor, sowie zu Punkt

j) die erste Teilrechnung der L GmbH von welcher S 34.701,04 das Objekt W-straße betreffen. Zu Punkt h) verwies er auf den Inhalt der Auftragserteilung vom 3.9. bzw 4.9.1992, vorgelegt unter Punkt f). Hiebei verwies er auf Punkt 6) des Auftragsschreibens, wo eine Abstimmung der Arbeiten mit dem örtlichen Bauleiter zu erfolgen habe, der auch gemäß Punkt 9) zur vorläufigen Übernahme der Leistungen der L GmbH befugt ist. Die Arbeitsdurchführung wurde durch den Verantwortlichen der L GmbH eingeteilt, der auch die einzuhaltenden Fristen kontrollierte. Das Verputzmaterial wurde von der Erich P GmbH sämtliche Werkzeuge wurden von der L GmbH beigestellt. Zu Punkt i) gab er an, daß der Verantwortliche der L GmbH täglich die Baustelle besucht habe und die Verbindung zu den der deutschen Sprache nicht mächtigen Dienstnehmern dieses Unternehmens hergestellt habe und diese über den weiteren Arbeitsverlauf instruiert habe. Zu Punkt j) gab er an, daß der Unternehmensgegenstand der Erich P GmbH das Baumeistergewerbe ist und dieses Unternehmen die an die L GmbH weitergegebenen Arbeiten auch selbst hätte durchführen können. Zu Punkt k) gab er an:

"Mit Schreiben vom 7.9.1992 hat die Erich P GmbH die L GmbH aufgefordert, Handelsregisterauszug, Konzessionsnachweis und Sozialversicherungsanmeldungen der beim Bauvorhaben W-straße eingesetzten Arbeiter sowie deren Arbeitsbewilligung nachzuweisen; dieses Begehren wurde mit Schreiben vom 10.9.1992 urgiert. Tatsächlich erhielt die Erich P GmbH von der L GmbH Kopien von Anmeldungen dreier Arbeiter zur Wiener Gebietskrankenkasse, mit dem Bemerken, daß es sich hiebei um die auf der Baustelle W-straße beschäftigte handelt. Es sei festgehalten, daß die Arbeitsdurchführung selbst einen Aufwand von etwa einer Woche erforderte, somit eine lange Korrespondenz nicht möglich war."

Zu Punkt l) gab er an, daß an der Baustelle W-straße vier eigene Dienstnehmer tätig waren und diese alle anderen in Auftrag gegebenen Baumeisterarbeiten, ausgenommen Außenverputzarbeiten, im Ausmaß von etwa 261 m2 erbrachten. Auf Grund der vom Berufungswerber gemachten Angaben, den von ihm vorgelegten Unterlagen sowie der zu den Fragen der Personen, Staatsbürgerschaft, Tätigkeit, und dem Nichtvorliegen von Beschäftigungsbewilligungen, Arbeitserlaubnissen oder Befreiungsscheinen der bei der Kontrolle am 2.10.1992, 10.45 Uhr an der Baustelle Wien, W-straße angetroffenen ausländischen Arbeiter unbestritten gebliebenen Anzeige steht folgender Sachverhalt fest:

Die Fima P GmbH erhielt mit Schreiben vom 16.6.1992 durch die MA 27 den Auftrag auf Ausführung der Baumeisterarbeiten in Wien, Wstraße, Stiege 1 und 2 auf Grund ihres Angebotes vom 14.4.1992. Der Auftrag wurde von der Firma P angenommen. Im genannten Anbot finden sich auf Seite 12 die Positionen:

10 0203A Außenw farbig Reibputz 410.00 M2

268.00 52.00 320.00 131,200.00

10 0208 Außenw Grobputz KZM 15mm 15.00 M2

136.00 14.00 150.00 2,250.00

10 0209A Sockelverputz gekratzt 40mm 14.00 M2

375.00 55.00 430.00 6,020.00

10 0214B Aufz Putz Nuten 2x5cm 110.00 Ml

68.00 7.00 75.00 8,250.00

10 0215B Aufz Putz Gesimse bis 25cm 30.00 Ml

125.00 25.00 150.00 4,500.00

10 0216A Aufz Putz Fasche 15x2cm glatt 80.00 Ml

99.00 11.00 110.00 8,800.00

10 0219A Streichen Außenw verrieben 410.00 M2

65.00 25.00 90.00 36,900.00

Am 4.8.1992 schrieb die Firma P GmbH "Außenverputzarbeiten" aus.

In der Ausschreibung war zum Material zunächst angegeben, daß alle beschriebenen Leistungen auch das Liefern der dazugehörenden Stoffe und Erzeugnisse beinhalten. Als Leistungen wurden im wesentlichen die Außenverputzarbeiten in ihrer Gesamtheit im Ausmaß von ca 1500 m2 für die Baustellen Wien L-straße Stg 1,2, Wien,

W-straße/Stg 1,2, Wien, R-gasse Stg 1,2,10,11,12, Wien, Kplatz Stg 7,8 ausgeschrieben. Hiezu erstellte die Firma L GmbH ein Angebot, welches mit dem Auftragsschreiben vom 3.9.1992 an die Firma L GmbH (mit gegenüber dem Anbot reduzierten Preisen - m2 Preis von S 290,-- und eine Gesamtauftragssumme in Höhe von S 435.000,-- als Festpreis bis Bauende -) und der Vereinbarung des Beginnes der Ausführungsfrist in der 37. Lohnwoche in Wien, Wstraße, der Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei Fristüberschreitung oder unzureichender Ausführung, der Verpflichtung, die Baustellenordnung der Firma P GmbH einhalten zu wollen, der Verbindlicherklärung der Anordnungen des örtlichen Bauleiters Erich P, der Vereinbarung eines Haftrücklasses, der Zahlungsmodalitäten und von Ausführungsänderungen bzw Vereinbaung des Gerichtsstandes und die Annahme durch die Firma L GmbH am 4.9.1992 seine Fortsetzung fand.

Am 7.9.1992 richtete der Berufungswerber an die Firma L GmbH folgendes Schreiben:

"Wir ersuchen höfl um Nachweis und Überbringung von

a)

Handelsregisterauszug

b)

Konzessionsnachweis

c)

SV-Anmeldungen bei der Wr Geb Krk der von Ihnen bei oa Bauvorhaben eingesetzten Arbeiter

d) Arbeitsbewilligung"

Am 10.9.1992 richtete der Berufungswerber an die Firma L GmbH folgendes Schreiben:

"Der Ordnung halber weisen wir nochmals darauf hin, daß für die Außenputzarbeiten lt Ihrem Anbot vom 4.9.1992 von uns nur das Material beigestellt wird, alle Werkzeuge, Maschinen, Kübeln, Kabeln, Schiebetruhen sowie Latten die Sie zur Durchführung der Arbeiten benötigen müssen von Ihrer Firma beigestellt werden. Weiters weisen wir darauf hin, daß ohne unsere Aufsicht nicht gearbeitet werden darf. Wir haben diese Woche eine kurze Woche, daß heißt, daß morgen Freitag nicht gearbeitet wird. Außerdem ersuchen wir Sie die Sozialversicherungs-Anmeldungen der Arbeiter, die Sie auf der Baustelle eingesetzt haben, sofort an uns unter der FAX Nr NN zu faxen."

Hierauf übermittelte die Firma L GmbH drei Kopien betreffend der einzusetzenden Arbeitnehmer, welche teilweise unlesbar sind, jedoch zumindest im Falle L Miodrag keine Staatsangehörigkeit, sowie in keinem Fall eine laufende Sozialversicherungsnummer und eine Bestätigung des Einganges durch die Wiener Gebietskrankenkasse enthalten . Am 2.10.1992 um 10.45 Uhr wurden bei einer Kontrolle des Landesarbeitsamtes auf der Baustelle Wien, W-straße die Ausländer S Semsudin, Mirsad und Muzafir als Maurer (Gerüst) arbeitend angetroffen. Für sie besteht keine Beschäftigungsbewilligung, noch besitzen sie eine Arbeitserlaubnis, noch einen Befreiungsschein.

Die Außenverputzarbeiten wurden von der Firma P GmbH mit Rechnung vom 8.9.1992 der MA 27 wie folgt in Rechnung gestellt:

10.0203A Außenw farbig Reibputz

386 m2 per m2 320,-- ÖS 123.520,--

10.0208 Außenw Grobputz

62 m2 per m2 150,-- ÖS 9.300,--

10.0209 A Sockelkratzputz herst

11 m2 per m2 430,-- ÖS 4.730,--

10.0214 B Aufz Putz Nuten

106 ml per ml 75,-- ÖS 7.950,--

10.0215 B Aufz Putz Gesimse

28 ml per ml 150,-- ÖS 4.200,--

10.0216 A Aufz Putz Fasche

78 ml per ml 110,-- ÖS 8.580,--

10.0219 A Streichen Außenw verr

386 m2 per m2 90,-- ÖS 34.740,--

Für diese Arbeiten wurde von der Firma P GmbH nur eine Teilrechnung der L GmbH vorgelegt, nach welcher dieser S 34.701,04 für das Objekt W-straße bezahlt wurden.

Dieser Sachverhalt war wie folgt zu beurteilen:

A) Zum Einwand der Verfolgungsverjährung:

Eine Verfolgungshandlung muß, damit den Eintritt der Verfolgungsverjährung ausschließt (§31 Abs1 VStG) unter anderem innerhalb der Verjährungsfrist nach außen in Erscheinung getreten sein, und wegen eines bestimmten strafbaren Sachverhalts erfolgen. Dies erfordert, daß es sich auf alle die tatbetreffenden Sachverhaltselemente zu beziehen hat. Läßt die gesetzte Verfolgungshandlung durch die in ihr genannten Sachverhaltselemente keinen Zweifel darüber, weshalb verfolgt wird, so liegt eine taugliche Verfolgungshandlung vor. Das an die Tatortumschreibung zustellende Erfordernis wird daher nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes zumessendes Erfordernis sein. Wesentlich dabei ist, daß die Verfolgungshandlung die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorwirft, daß der Beschuldigte in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen und (dies trifft jedoch vor allem auf den Spruch eines Bescheides zu) daß der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist wegen des selben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Die Verwechslung Wien, Wi-straße mit richtigerweise Wien, W-straße beschränkte den Berufungswerber im gegenständlichen Fall weder in seinen Verteidigungsrechten (er geht selbst in sämtlichen seiner Stellungnahmen und Beilagen von der richtigen Adresse W-straße aus), noch wurde er der Gefahr ausgesetzt, nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden, denn in Wien ist nach dem Wiener Stadtplan eine Wi-straße gar nicht existent, sondern nur die richtige Bezeichnung W-straße. Somit läßt die unrichtige Adresse auf Grund der gegebenen Begleitumstände keinen Zweifel darüber aufkommen, weswegen der Berufungswerber verfolgt wurde.

B) Zur Frage, ob es sich bei der Beauftragung der Firma L GmbH um

eine versteckte Arbeitskräfteüberlassung oder um einen Werkvertrag handelt, wurde erwogen:

§2 Abs2 lite AuslBG lautet:

"Als Beschäftigung gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des §3 Abs4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG)."

§2 Abs3 litc AuslBG lautet:

"Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind in den Fällen des Abs2 lite auch der Beschäftiger im Sinne des §3 Abs3 des AÜG."

§3 AÜG lautet:

"(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 unselbständig sind."

§4 AÜG lautet:

"(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 Werkunternehmens 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 Werkleistungen haftet."

§1 Abs2 Z4 AÜG lautet:

"Ausgenommen vom Geltungsbereich der Abschnitte II bis IV dieses Gesetzes ist

4. die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb einer Arbeitsgemeinschaft oder bei der betrieblichen Zusammenarbeit."

Zweck des §4 AÜG ist somit die Ermöglichung der Aufdeckung von durch unzutreffende Bezeichnungen getarnte Arbeitskräfteüberlassung. Hiedurch wird die von unserer Rechtsordnung garantierte Gestaltungs- und Vertragsfreiheit keineswegs eingeschränkt. Das Recht des wahlweisen Gebrauches der vorhandenen zivilrechtlichen Rechtsformen zu den dafür vorgesehenen Zwecken bleibt unangetastet. Verpönt wird lediglich der Mißbrauch von für andere Zwecke gedachte Gestaltungen. Klargestellt ist damit auch, daß "die im Rahmen von Werkverträgen übliche Verwendung von Erfüllungsgehilfen grundsätzlich keine Überlassung von Arbeitskräften" (EB) darstellt. Der "Abschluß von Werkverträgen soll, soweit er nicht mißbräuchlich zur Umgehung der Ziele" des AÜG erfolgt, weder "erschwert noch verhindert" werden.

§4 Abs1 AÜG wurde dem §21 BAO nachgebildet. Deshalb kann bei der Erklärung auf die dort ergangene Judikatur und Literatur zurückgegriffen werden.

§4 Abs1 AÜG will die Beweislage bei der Aufdeckung getarnter Arbeitskräfteüberlassung verbessern, was insb für jene Fälle von Bedeutung ist, in denen die Interessen zwischen Überlasser und Beschäftiger gleichlaufen. Der in ihm festgehaltene Beurteilungsmaßstab gilt jedoch nur für die Sachverhaltswürdigung und nicht auch für die Klärung von Rechtsfragen (so zu §21 BAO: VfSlg 5863).

Der in Frage stehende Sachverhalt ist am wirtschaftlich Gewollten und nicht an der vielleicht zufälligen Benennung des Geschehens oder zu Geschehenden zu messen.

Im Fall eines Widerspruches zwischen dem Vereinbarten und den Tatsachen kommt es auf die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vereinbarten, also auf die Ausgestaltung des Einsatzes der überlassenen Arbeitskraft, an.

Mit der vom Gesetz vorgegebenen Betrachtungsweise sollen jene Sachverhaltsmerkmale (leichter) erforscht und berücksichtigt werden (können), die das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung indizieren oder ausschließen. In die Betrachtung sind daher alle Tatsachen und nicht nur jene einzubeziehen, die (vielleicht) dem vorgegebenen Ziel eher entsprechen.

§4 Abs1 AÜG gestattet weiters keine völlig selbständige Beurteilung des Sachverhaltes. Die Kriterien, nach denen der jeweilige Sachverhalt zu erforschen und zu beurteilen ist, folgen vielmehr aus den mit der gegenständlichen Regelung jeweils verknüpften Bestimmungen, wie etwa dem §4 Abs2 AÜG. Die Frage der Abgrenzung des Werkvertrages von der Arbeitskräfteüberlassung stellt sich in aller Regel erst dann, wenn der Werkunternehmer oder sonstige Dienstverpflichtete die von ihm geschuldete Leistung in der betrieblichen Sphäre (hier: die Baustelle W-straße) des Werkbestellers bzw Dienstberechtigten durch ihm rechtlich verpflichtete Arbeitskräfte erbringen läßt. Die von der Firma L GmbH zu erbringende Leistung der Außenverputzarbeiten war auf der Baustelle (= Betriebsabteilung) der Firma P GmbH in Wien, W-straße zu erbringen. Zudem war die Firma L GmbH an die Baustellenordnung der Firma P und an die Anordnung deren örtlichen Bauleiters gebunden.

Weiters durfte nach dem Schreiben der Firma P GmbH vom 10.9.1992 ohne deren Aufsicht von der L GmbH gar nicht gearbeitet werden, die L GmbH hatte sich in ihrer Terminplanung an die Terminplanung der Firma P GmbH zu halten.

Die Leistungen war sohin im Betrieb (= in der betrieblichen Sphäre) iS des§34 Abs 1 ArbVG der Firma P GmbH zu erbringen. In Anknüpfung an die speziellen Regeln des Werkvertragsrechts in den §§1165 ff ABGB werden als entsprechende Umgehungshinweise vor allem

1) das Fehlen eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werksergebnisses,

2) das Arbeiten mit vorwiegend vom Besteller und nicht vom Werkunternehmer beigestellten Material und Werkzeug angesehen,

3) die fehlende unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und Dispositionsmöglichkeit insbesondere gegenüber den beim Werkbesteller tätigen Arbeitskräften,

4) die (weitgehende) Abdingung des Unternehmerrisikos, zB der spezifischen Gewährleistungsrechte des Werkbestellers,

5) die Tatsache der Eingliederung der Arbeitskraft in die Produktions- und Arbeitsabläufe des Dritt(Beschäftiger)betriebs,

6) Die Enumeration des §4 Abs2 AÜG ist jedoch eine demonstrative und keine taxative Aufzählung (arg insb). Folglich kann dessen Katalog auch um andere gleichgewichtige oder zumindest zur Abgrenzung ebenso geeignete und auf das Vorliegen getarnter Arbeitskräfteüberlassung hinweisende Umstände ergänzt werden. ad 1) Nach §4 Abs2 Z1 muß sich das "Werk", das die Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers im Betrieb des Werkbestellers herstellen, von den im Betrieb des Werkbestellers gewöhnlich erbrachten Leistungen deutlich abheben. Nur so ist eine Rückführung des Arbeitsergebnisses der Arbeitskräfte als Erfüllungsgehilfen auf den Werkunternehmer als dessen Leistung möglich. Bezieht sich dessen Verpflichtung auf die Erstellung eines Werkes, das nicht mit den Produkten usw des Bestellers identisch ist, kann vom Vorliegen eines Werkvertrages ausgegangen werden. Deckt sich diese jedoch ihrer Art nach mit dem üblichen Betriebsergebnis des Bestellerbetriebs, ist das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung indiziert. In einem solchen Fall liegt die Vermutung nahe, daß der "Besteller" lediglich Arbeitskräfte zur Arbeitserbringung in seinem Betrieb anforderte bzw mit Hilfe des "Scheinwerkvertrages" die Belegschaft dieses Betriebes durch Überlassungskräfte erweitert werden sollte. Die üblichen Betriebsergebnisse der Firma P GmbH und der Firma L GmbH sind betreffend des Baugewerbes nahezu ident. Die der L GmbH übertragenen Außenverputzarbeiten hätten durch die Arbeiter der Firma P GmbH auch selbst durchgeführt werden können. Ausgehend von der Angabe des Berufungswerbers, daß die Firma L GmbH lediglich geringfügige Außenverputzarbeiten auf der gegenständlichen Baustelle zu leisten hatte und aus den von der Firma P vorgelegten an die MA 27 gerichteten Rechnungen sowie der vorgelegten Rechnung der L GmbH ergibt sich eindeutig, daß von der Firma L GmbH keineswegs sämtliche Außenverputzarbeiten auf der gegenständlichen Baustelle durchzuführen waren, denn der Berufungswerber gibt selbst an, daß nur 261 m2 von der Firma L GmbH Außenputzverarbeiten durchgeführt worden sind (laut Rechnung L GmbH wären es noch weit weniger gewesen), der MA 27 wurden hingegen 386 m2 in Rechnung gestellt. Außerdem ist aus dem Pauschalauftrag für ca 15.000 m2 betreffend vier Baustellen nicht detailliert erkennbar, welche m2-Anzahl hierbei auf der gegenständlichen Baustelle verputzt werden sollte. Damit ist aber der Arbeitserfolg zwischen P GmbH und L GmbH nicht abgrenzbar. Es fehlt ein qualitativ und quantitativ individualisierbares und der Firma L GmbH zurechenbares Werksergebnis, weshalb der Arbeitserfolg, nicht zuletzt auch auf Grund des an die Firma P GmbH ergangenen Auftrags der MA 27 ausschließlich der Firma P GmbH zurechenbar ist.

ad 2) Das Arbeiten mit vorwiegend vom Besteller und nicht vom Werkunternehmer beigestellten Material und Werkzeug:

Das Material wurde von der Firma P GmbH zur Verfügung gestellt, das Werkzeug von der Firma L GmbH (Gegenteiliges war dem Berufungswerber nicht nachgewiesen worden).

Nach der werkvertraglichen Normenlage (vgl Krejci in Rummel, ABGB, Rz 5 zu §§1165, 1166) können die Vertragsparteien die Stoffbeistellung (= Material iS des ABGB) beliebig (so auch EvBl 1968/306) regeln. Für sich allein kann daher der Frage der Stoff (Material)beistellung somit keine allzu große Bedeutung zukommen. ad 3) Die fehlende unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und Dispositionsmöglichkeit, insbesondere gegenüber den beim Werkbesteller tätigen Arbeitskräften:

In diesem Punkt ist dem Berufungswerber zugutezuhalten, daß ihm kein direktes Weisungsrecht an die Arbeitskräfte zusteht. Da sohin den Angaben des Berufungswerbers, daß ihm das Weisungsschema der L GmbH von der Firma P GmbH nicht eingegriffen wurde, geglaubt wird, erübrigt sich daher die Einvernahme der Zeugen M und Q.

ad 4) Die (weitgehende) Abdingung des Unternehmerrisikos, zB der spezifischen Gewährleistungsrechte des Werkbestellers:

Die L GmbH haftet für die sach- und fachgerechte sowie termingemäße Ausführung der beauftragten Leistungen. Diese Gewährleistungspflicht relativiert sich aber dadurch, daß der konkrete Leistungsumfang - wie bereits ausgeführt - nicht genannt ist. Damit kommt der Gewährleistungspflicht jedoch nur mehr untergeordnete Bedeutung zu, denn ist nicht nachvollziehbar, wofür Gewähr geleistet werden soll, ist eine Klagbarkeit und somit tatsächliche Durchsetzung der spezifischen Gewährleistung im Klagsweg nur erschwert möglich, wenn nicht gar unmöglich. ad 5) Die Tatsache der Eingliederung der Arbeitskraft in die Produktions- und Arbeitsabläufe des Dritt(beschäftiger)betriebes:

Es konnte dem Berufungswerber zwar nicht nachgewiesen werden und ist auch gar nicht anzunehmen, daß die Arbeitskräfte der L GmbH in die Firma P GmbH vollinhaltlich eingegliedert gewesen seien, jedoch ergibt sich aus der bereits zitierten Bindung an die Baustellenordnung, die Bauleitung und die Bindung an die Arbeitseinteilung der Firma P GmbH, daß die Firma L GmbH in der Planung ihrer eigenen Produktions- und Arbeitsabläufe keineswegs frei entscheiden konnte, sondern in mehr oder weniger großem Umfang an die Anordnungen der Firma P GmbH gebunden war, woraus sich mittelbar auch die von der Firma P GmbH vorbestimmten Produktions- und Arbeitsabläufe in der Firma L GmbH ergeben haben. ad 6)

a) Insoweit der Berufungswerber angibt, das AÜG wäre nur anzuwenden wenn die Leistung der Firma L GmbH in Stunden verrechnet worden wäre, ist ihm zu entgegnen: Gegen die Heranziehung der Abrechnungsmodalität als Unterscheidungskriterium spricht, daß die Berechnung des auf Grund des "Werkvertrages" zwingend zustehenden Entgeltes nach dem Zeitaufwand nicht unbedingt Zweifel in Richtung eines Überlassungsvertrages hervorrufen muß, zumal die Art des Entgelts nicht zu den Wesensmerkmalen des Werkvertrages (vgl Krejci in Rummel, ABGB, Rz 102ff zu §§1165, 1166) gehört.

In diesem Zusammenhang ist ebensowenig §2 Abs3 AÜG zur Beurteilung, ob es sich um einen Werkvertrag oder um Arbeitskräfteüberlasseun handelt, heranzuziehen. Denn diese Norm enthält keinen Hinweis zu Deutung zugrundeliegender Vereinbarungen, sondern die Rechtsfolgen im Falle bereits feststehender Arbeitskräfteüberlassung.

b) Ein weiterer zur Abgrenzung geeigneter und auf das Vorliegen getarnter Arbeitskräfteüberlassung hinweisender Umstand im gegenständlichen Fall ist, daß der wirtschaftliche Nutzen in erster Linie dem Berufungswerber zugute kommt, hat er doch nach den vorliegenden Unterlagen der MA 27 angeboten und (mit geringfügiger Reduktion der m2- und lfm- Anzahl) auch in Rechnung gestellt, für Reibputz an Lohnkosten S 268,-- pro m2, für Grobputz

S 136,-- pro m2, für Sockelverputz S 375,-- pro m2 und für Streichen der Außenwand S 65,-- pro m2. Aufpreise waren für Nuten in Höhe von S 68,-- pro lfm, Gesimse S 125,-- pro lfm und Faschen

S 99,-- pro lfm angeboten und verrechnet worden. Nach den angebotenen m2 und lfm, welche sich im ungefähren Verhältnis zwei zu eins darstellen, ergibt sich somit ein ungefährer dem Pauschalpreis der Firma L GmbH vergleichbarer Durchschnittspreis von S 460,--pro m2 an Lohnkosten für die Durchführung eines m2 Außenverputzarbeiten, welchem ein Pauschalpreis der Firma L GmbH von S 290,-- pro m2 gegenüber steht. Auch in absoluten Zahlen ergibt die Summe der Außenverputzarbeiten, welche von der Firma P der MA 27 in Rechnung gestellt wurden, an reinen Lohnkosten S 159.525,--, welchen ein ausgezahlter Betrag an die Firma L GmbH in Höhe von S 34.701,04 gegenüber steht. Diese erheblichen Differenzen stellen für die Firma P, selbst wenn man ihr für Kontroll- und Buchhaltungstätigkeiten geringfügige eigene Kosten zugutehält, einen bedeutenden wirtschaftlichen Erfolg dar. Da im gegenständlichen Fall einander die schriftliche Vereinbarung und die tatsächliche Durchführung der Arbeiten widersprechen, kam es in Anwendung des §4 Abs1 AÜG auf das faktisch Geschehene an. Auf Grund der Gesamtabwägung der oben angeführten maßgeblichen Kriterien überwiegen eindeutig die Elemente der Arbeitskräfteüberlassung. Es handelte sich daher im konkreten Fall um einen Fall der Arbeitskräfteüberlassung, in der die Firma des Berufungswerbers als Beschäftiger und die Firma L GmbH als Überlasser anzusehen war. Die Heranziehung der Arbeitskräfte der Firma L GmbH diente lediglich dazu, den eigenen Personalstand für die Durchführung einer Arbeit, welche von der Art her selbst geleistet hätte werden können, aufzustocken.

C) Zur Argumentation des Berufungswerbers, die Firma L GmbH wäre

ein Subunternehmer gewesen, wird ausgeführt:

§1 Abs2 Z4 lita AÜG nimmt die Überlassung von Arbeitskräften im Zusammenhang mit der Erfüllung gemeinsam übernommenener Aufträge aus. Grundlage dafür muß ein Werkvertrag sein. Außerdem darf sich der Beitrag jenes Unternehmens, das als Überlasser tätig ist, nicht in der bloßen Abstellung der Arbeitskräfte erschöpfen. Daß die Subunternehmereigenschaft vorliegt, hat zur Voraussetzung, daß ein dem Generalunternehmer erteiltes Gesamtprojekt in selbständige Teilleistungen aufgeteilt wird und der Subunternehmer eine dieser selbständigen Teilleistungen im Rahmen eines Werkvertrages erbringt. Der Subunternehmer erstellt demnach ein bestimmtes abgrenzbares Teilprojekt unter eigener Verantwortung. Im gegenständlichen Fall ermangelt es, wie bereits ausgeführt, bereits an einem selbständig abgrenzbaren Teilprojekt. Die Beweisanträge auf Einvernahme der Zeugen M und Q waren abzuweisen, da (wie bereits ausgeführt) in diesen Beweisthemen den Angaben des Berufungswerbers gefolgt wurde.

Sohin liegt ein Fall der Arbeitskräfteüberlassung vor, in welchem die Firma P GmbH als Beschäftigter anzusehen ist. Da dieser nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz dem Arbeitgeber gleichzuhalten ist, oblag dem Berufungswerber die Einhaltung des §3 Abs1 Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Lediglich ergänzend wird bemerkt, daß hiemit keineswegs ein Verbot der vom Berufungswerber gewählten Auftragserfüllung ausgesprochen sein soll, sondern ihm im Gegenteil bei der Abfassung von Verträgen nahezu uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit zusteht. Wählt er allerdings die gegenständliche Form, so hat er aufgrund der besonderen Situation (= Beschäftigung von Ausländern zur Arbeitserfüllung) Sorge für die Einhaltung der Beschäftigungsvorschriften zu tragen bzw sich etwaige Rechtswidrigkeiten zurechnen zu lassen.

Zur subjektiven Tatseite wird ausgeführt, daß zur Begehung der Tat gemäß §5 Abs1 fahrlässiges Verhalten genügt. Daß den Berufungswerber kein Verschulden trifft, wurde von ihm nur insofern behauptet, als er die Vorlage der Anmeldungen bei der Sozailversicherung und die Arbeitsbewilligung forderte. Daß dem Berufungswerber ansonsten die von ihm vorgelegten Verträge und Abrechnungen nicht bekannt waren oder er auf der Baustelle Kontrollen iH auf §3 AuslBG durchgeführt hätte, wurde nicht behauptet.

Der Berufungswerber bringt im wesentlichen vor, daß er laut den bereits erwähnten Schreiben die Sozialversicherungsanmeldungen und die Arbeitsbewilligung von der Firma L GmbH vorgelegt haben wollte (Schreiben 7.9. und 10.9.1992).

Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Partei, falls sie der Erfüllung einer Pflicht nicht persönlich nachkommt, sondern sie einem anderen überträgt, sich nicht davon überzeugt, ob ihr Auftrag iS des Gesetzes befolgt wurde. (VwGH 27.5.1931, 632 A/29, ebenso VwGH 19.11.1969, 1887/86; 21.9.1984, 84/02/0213 und 10.12.1986, 84/01/0114).

Wenn jemand der Erfüllung seiner Pflicht nicht persönlich nachkommt, sondern sie einem anderen überträgt, liegt Fahrlässigkeit vor, wenn er sich nicht überzeugt, daß sein Auftrag iS des Gesetzes befolgt wurde, insb wenn bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit der Eintritt des gesetzwidrigen Erfolgs sich hätte hintanhalten lassen (s VwSlg 2142 A/1951). (VwGH 22.12.1975, 2295/74).

Bei der Annahme einer grundsätzlichen Verantwortung des Arbeitgebers für die im Zusammenhang mit dem Betrieb stehenden Verwaltungsübertretungen darf nicht übersehen werden, daß die im heutigen Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung es nicht zuläßt, daß sich der Unternehmer aller Belange und Angelegenheiten selbst persönlich annimmt. Die rechtliche Konsequenz, die aus dieser Tatsache zu ziehen ist, besteht darin, daß dem Unternehmer zugebilligt werden muß, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene Tätigkeit in diesen Belangen auf eine angemessene Kontrolle zu beschränken. Ob der Unternehmer dann persönlich von der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung befreit ist, hängt im Einzelfall davon ab, ob er den Nachweis zu erbringen vermag, daß er Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten lassen. Im Sinne dieser Judikatur reicht also die bloße Erteilung von Weisungen nicht hin; entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle der vom Verantwortlichen erteilten Weisung erfolgte (s VwGH 9.10.1979, 2762/78; 7.10.1980, 2608/76 und 30.6.1981, 3489/80). (VwGH 30.3.1982, 81/11/0087).

Dieser Verpflichtung ist der Berufungswerber trotz der genannten Anforderungsschreiben nicht in ausreichender

Weise nachgekommen, denn es wurden keine angeforderten Beschäftigungsbewilligungen übermittelt, und die übermittelten Sozialversicherungsanmeldungen waren zumindest mangelhaft, da zumindest in einem Fall die Staatsbürgerschaft nicht eingetragen war, die individuellen Sozialversicherungsnummern fehlten und auch kein Eingangsvermerk der Gebietskrankenkasse erkennbar war. Daß der Berufungswerber trotz Vorliegen dieser mangelhaften Erfüllung seiner Anforderungen nicht neue Kontrolltätigkeiten durchgeführt hat (wie zum Beispiel die Kontrolle der Arbeitbewilligungen durch den örtlichen Bauleiter auf der Baustelle selbst) geht sohin zu seinen Lasten. Der Einwand des Berufungswerbers, es wäre wegen der kurzen Dauer (erforderlicher Arbeitsaufwand eine Woche) keine lange Korrespondenz möglich gewesen, geht ins Leere, denn einerseits dauerten die Arbeiten offenbar doch länger, da im Vertrag der Beginn mit der 37. Lohnwoche (das ist 7.9.1992 - 12.9.1992) bedungen war, und jedenfalls zum Zeitpunkt der Kontrolle (2.10.1992), somit mehrere Wochen später noch im Gange waren; andererseits war zur Feststellung, ob eingesetzte Arbeiter die im Ausländerbeschäftigungsgesetz geforderten Bewilligungen haben, gar keine Korrespondenz nötig, denn es hätte die einfache Aufforderung zum Vorweis dieser Bewilligungen an der Baustelle durch den regelmäßig anwesenden örtlichen Bauleiter genügt. Im übrigen hat die Vorlage der Anmeldung bei der Sozialversicherung zur Frage des Vorliegens einer Beschäftigungsbewilligung oder einer gleichzuhaltenden Erlaubnis keine Bedeutung, da die Sozialversicherungspflicht lediglich auf die tatsächliche Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit, nicht aber auf das Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung abstellt. Sogar ein nicht angemeldeter solcherart beschäftigter Ausländer ist formal versichert. Der Berufungswerber hätte also nicht einmal im Falle der Vorlage unbedenklicher Sozialversicherungsanmeldungen auf das Vorliegen einer Beschäfitungsbewilligung schließen dürfen. Damit hat der Berufungswerber zumindest fahrlässiges Handeln zu verantworten. Die dem Berufungswerber angelasteten Taten waren daher als erwiesen anzunehmen, weshalb der Berufung keine Folge zu geben und der erstinstanzliche Schuldspruch zu bestätigen war. Eine Herabsetzung der Strafe kam aus folgenden Gründen nicht in Betracht:

Die Tat schädigte in erheblichem Maße die Interessen an der Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen durch unbewilligte und unkontrollierte Arbeitsleistung von Ausländern in Österreich.

Deshalb war der Unrechtsgehalt der Tate an sich groß, zumal dem Berufungswerber erhebliche wirtschaftliche Vorteile erwachsen sind.

Bei der Strafbemessung wurde auch die bisherige strafrechtliche Unbescholtenheit als mildernd berücksichtigt.

Insbesondere angesichts des großen Unrechtsgehaltes und der erzielten erheblichen wirtschaftlichen Vorteile wäre im Hinblick auf die gesetzliche Strafdrohung (S 5.000,--bis S 60.000,-- je beschäftigtem Ausländer) und der im unteren Bereich verhängten Strafe eine Herabsetzung der verhängten Strafe selbst bei Hervorkommen ungünstiger Einkommensverhältnisse (welche im übrigen beim Geschäftsführer einer GmbH wenig wahrscheinlich sind), mangelnden Vermögens und mehrerer Sorgepflichten nicht in Betracht gekommen, weshalb sich deren konkrete Einholung erübrigte. Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des §64 Abs1 und 2 VStG.

Schlagworte
Ausländerbeschäftigung, Beschäftigungsbewilligung, Werksvertrag, Arbeitskräfteüberlassung, wahrer wirtschaftlicher Gehalt, betriebliche Zusammenarbeit, Subunternehmer, Kontrollpflichten

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, http://www.wien.gv.at/uvs/index.html

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at