

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/9/19 99/09/0216

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.09.2001

## Index

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

## Norm

ABGB §1151 Abs1;  
AuslBG §18;  
AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit b;  
VwGG §28 Abs1 Z6;  
VwGG §42 Abs2;  
VwGG §42 Abs4;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Flendrovsky, über die Beschwerde des Dipl. Ing. N in K, vertreten durch Dr. Josef Neier, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Wilhelm-Greil-Straße 23, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Vorarlberg vom 6. September 1999, Zl. 1-0197/98/K3, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 6. September 1999 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er sei als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma N GmbH, welche persönlich haftende Gesellschafterin der Firma N GmbH & Co KG sei, und

somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma N GmbH & Co KG, K, dafür verantwortlich, dass diese Firma am 9. September 1996 auf der Baustelle in Sch, E-Gasse 3a vier namentlich genannte kanadische Staatsangehörige beschäftigt habe, obwohl ihm für diese Ausländer weder Beschäftigungsbewilligungen oder Anzeigebestätigungen erteilt worden noch die Ausländer im Besitze von Befreiungsscheinen oder Arbeitserlaubnissen gewesen seien. Er habe dadurch Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 AuslBG begangen. Er wurde hierfür gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 dritter Strafsatz AuslBG mit vier Geldstrafen von je S 50.000,- (Ersatzfreiheitsstrafen von je 240 Stunden) sowie Kostenersatz bestraft.

Nach Wiedergabe des wesentlichen Inhaltes der Berufung, der Ergebnisse der öffentlichen, mündlichen Berufungsverhandlung und Darstellung der Rechtslage führte die belangte Behörde begründend im Wesentlichen aus, sie folge in Ausübung der freien Beweiswürdigung der Darstellung des Zeugen C. und gelange somit zur Auffassung, dass die Firma Chouse Inc. lediglich Materialien für drei Reihenhäuser geliefert und die Montage nicht in diesem Vertrag mitumfasst gewesen sei. Auch die Zeugin L. habe die Gespräche nicht selbst geführt, sondern nach eigenen Angaben lediglich "mitverfolgt", so dass sie sich an Einzelheiten dieser Gespräche auch nicht mehr habe erinnern können. Auch seien dieser Zeugin die in das Geschehen involvierten Firmen "Chouse Inc" und "Construction B Inc." nicht bekannt gewesen, sie habe also offensichtlich auch nicht erkennen können, dass C. dem Beschwerdeführer einen Vereinbarungsentwurf der Firma "Construction B Inc." vorgelegt habe. Für die Richtigkeit der Angaben des Zeugen C. spreche insbesondere die vorgelegte Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und der Firma Construction B Inc vom 5. bzw 12. Juli 1996, in welcher festgehalten worden sei, dass die Firma Construction B Inc. dem Beschwerdeführer für näher bezeichnete Arbeiten vier Arbeiter zum Preis von 42.000 \$ übermitteln werde. Weiters habe der Zeuge B. in einer schriftlichen Stellungnahme vom 4. Oktober 1996 darauf hingewiesen, dass er den Beschwerdeführer um die erforderlichen Arbeitsbewilligungen ersucht habe, ihm der Beschwerdeführer aber geantwortet habe, dass das nicht gebraucht würde. Das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen schulde ihm nach wie vor Geld für die Arbeiten sowie ein Rückflugticket. Auch der Zeuge C. habe in einem Schreiben vom 21. Juli 1999 dargelegt, der Beschwerdeführer habe per Telefon bestätigt, dass die vier Arbeiter keine Arbeitsbewilligung bräuchten, sie hätten in der Folge zwei Wochen lang gearbeitet, seien aber nicht bezahlt worden.

Der Beschwerdeführer habe anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung vorgebracht, dass er sich an die Vereinbarung mit einer Firma Construction B Inc. nicht erinnern könne. Erst nachdem er die im Akt befindliche Vereinbarung vom 12. Juli 1996 durchgelesen habe, habe er zugestanden, es könne richtig sein, dass diese Vereinbarung von dem von ihm vertretenen Unternehmen abgeschlossen worden sei. In der Auftragserteilung vom 21. Juni 1996 sei nur die Höhe des Montageentgeltes, in jener vom 12. Juli 1996 hingegen offenbar die näheren Modalitäten der Bezahlung der Montage geregelt worden. Dieses Vorbringen erscheine jedoch als Schutzbehauptung. Aus der Darstellung des Zeugen C. ergebe sich eindeutig, dass die Fa Chouse mit der Montage nichts zu tun gehabt habe und C. dem Beschwerdeführer ein Schreiben der Firma Construction B vorgelegt und diesem mitgeteilt habe, dass die Montage Sache des Beschwerdeführers sei. Auch aus der im erstinstanzlichen Akt erliegenden Bankgarantie der T-Bank W bzw den Faxschreiben des C. vom 22. Juli 1996, 29. August 1996 und 2. September 1996 ergäben sich keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit der vom Beschwerdeführer aufgestellten Behauptungen.

Dem Antrag auf Zeugeneinvernahme des R. sei nicht zu entsprechen gewesen, da nicht dargetan worden sei, zu welchem konkreten Beweisthema dieser Zeuge hätte einvernommen werden sollen. Auch habe sich die belangte Behörde bereits auf Grund der vorliegenden Beweise ein klares Bild über die maßgebenden Sachverhaltselemente machen können. Im Übrigen sei dieser Antrag erst sechs Tage vor Ablauf der Entscheidungsfrist gestellt und nicht aufgezeigt worden, dass es objektiv unmöglich gewesen wäre, diesen Antrag früher zu stellen; die Behörde sei daher nicht gehalten gewesen, diesen Beweisantrag zu beachten. Es solle jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass die von den vier kanadischen Staatsangehörigen erbrachten Leistungen auf Grund eines Dienstverschaffungsvertrages, in concreto eines Gruppenarbeitsvertrages erfolgt seien, da durch den zugrundeliegenden Vertrag das Werk der Zurverfügungstellung von Personen für bestimmte Arbeiten versprochen worden sei. Der Gruppenarbeitsvertrag stehe grundsätzlich dem Werkvertrag nahe; auch im vorliegenden Fall lägen Anhaltspunkte vor, die für einen Werkvertrag sprächen, so etwa der Gegenstand des Vertrages (Aufstellung der Holzreihenhäuser) oder die nicht nach Zeit erfolgte Entlohnung. Auch habe der Beschwerdeführer nie die Behauptung aufgestellt, er habe mit der Firma Construction B Inc. einen Werkvertrag abgeschlossen. Es hätten sich auch im Ermittlungsverfahrens keine Anhaltspunkte dafür

ergeben, dass die vier kanadischen Staatsangehörigen das Risiko getragen oder für Mängel gehaftet hätten. Gegen die Annahme eines Werkvertrages spreche auch, dass die vier Arbeiter Reihenhäuser der Firma Chouse Inc. erstellt hätten, somit die Arbeit nicht nach eigenen Plänen und mit eigenen Mitteln ausgeführt worden sei.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid seinem gesamten Vorbringen nach in seinem Recht auf Nichtbestrafung nach den Bestimmungen des AuslBG verletzt. Er beantragt, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben "und in der Sache selbst erkennend das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Behörde erster oder zweiter Instanz zurückzuverweisen".

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Beschwerdebegehren im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 6 VwGG, neben der Bescheidaufhebung "in der Sache selbst erkennend das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen", "in eventu" die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die belangte Behörde zurückzuverweisen, über die kassatorische Aufhebungsbefugnis des § 42 Abs. 2 VwGG hinaus geht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Jänner 1995, Zl. 93/09/0498).

Nach § 2 Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 895/1995, gilt als Beschäftigung im Sinne dieses Gesetzes gilt die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

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

Nach Abs. 3 leg. cit. sind den Arbeitgebern gleichzuhalten

a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, oder der Veranstalter, und

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

Abs. 4 leg. cit. bestimmt, dass für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist.

Nach § 3 AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 201/1996 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 ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Auch nach § 18 Abs. 1 AuslBG in der zuletzt genannten Fassung bedürfen Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden grundsätzlich einer

Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer eine Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 895/1995, 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) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) 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.

Aus § 2 Abs. 2 und Abs. 3 AuslBG folgt, dass der Begriff der "Beschäftigung" im AuslBG nicht nur Arbeitsvertragsverhältnisse umfasst; auch unter dem Begriff des "Arbeitgebers" ist nicht nur der Vertragspartner eines Arbeitsvertrages zu verstehen. Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor der Beschäftigung eines Ausländers trifft nach § 3 Abs. 1 AuslBG vielmehr grundsätzlich auch einen "Werkvertragsgeber", wenn die Grundlage für den Vertrag nicht in gewerberechtlichen oder sonstigen Normen liegt und der Werkvertrag so beschaffen ist, dass der "Werkvertragsnehmer" zwar nicht in der Frage seiner persönlichen, aber in der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleichkommt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 15. Dezember 1994, Zl. 94/09/0091 bis 94/09/0093 u. a.). Entscheidend für die Frage, ob Arbeitnehmerähnlichkeit (oder ein echter Werkvertrag) vorliegt, ist daher die wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Zur Vermeidung von weiteren Wiederholungen wird hierzu auf das grundlegende hg. Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen. Dabei kann wirtschaftliche Abhängigkeit nicht nur zum unmittelbaren Empfänger der Arbeitsleistung (dem Werkbesteller), sondern auch zu dessen Vertragspartner (dem Werkunternehmer) bestehen (in diesem Falle könnte ein nach § 18 AuslBG bewilligungspflichtiges Entsendeverhältnis vorliegen). Ein Werkvertrag liegt insbesondere vor, wenn als Ergebnis der Arbeitsleistung ein Werk oder eine in sich geschlossene Einheit, die sich auf ein Werk bezieht, zu erbringen ist; für den Werkvertrag ist die Lieferung eines Werkes charakteristisch.

Nach den Feststellungen der Verwaltungsbehörden ist davon auszugehen, dass die vier in Rede stehenden kanadischen Staatsangehörigen mit der Herstellung der vertraglich zwischen dem vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmen und der Fa. Construction B Inc. vereinbarten (Montage)Leistungen beauftragt waren, wobei sie diese Leistungen im Rahmen des zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsvertrages im Namen und für Rechnung dieser Gesellschaft hätten erbringen sollen. Diese Montageleistungen sind im Beschwerdefall als Werkvertrag zu qualifizieren, zumal sie im Auf- bzw. Zusammenbau der von einem anderen Unternehmen lediglich im "Baukastensystem" gelieferten Teile eines Blockhauses bestanden, die von den Gesellschaftern jener kanadischen Gesellschaft erbracht werden sollten, mit welcher der Werkvertrag abgeschlossen worden war. Auch waren hierbei spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten erforderlich; eine Einbindung in den betrieblichen Ablauf des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens, oder eine diesbezügliche Weisungserteilung oder die Ausübung von Kontrollrechten erfolgte nicht. Auch wurde nicht festgestellt, dass die kanadischen Staatsangehörigen etwa mit Arbeitsmitteln dieses Unternehmens tätig gewesen oder bezüglich der Gestaltung ihrer Arbeitszeit von diesem bestimmt gewesen wären.

Im Übrigen wären im Falle der Annahme eines Werkvertrages, zu dessen Erfüllung die vier Kanadier als Arbeitnehmer der ausländischen Werkunternehmerin entsandt wurden, nur eine Bestrafung des Vertreters des inländischen Unternehmens nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit b AuslBG in Frage gekommen.

Da die Behörde zu Unrecht vom Nichtvorliegen eines Werkvertrages ausgegangen ist, belastete sie ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 19. September 2001

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2001:1999090216.X00

**Im RIS seit**

06.12.2001

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

© 2024 JUSLINE

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

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