

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/10/3 2010/09/0152

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.10.2013

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
19/05 Menschenrechte;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ABGB §861;  
ASVG §111;  
AuslBG §2 Abs2 litb;  
AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §28a Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §3 Abs1;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs2 impl;  
MRKZP 07te Art4;  
VStG §22 impl;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok sowie die Hofräte Dr. Rosenmayr und Mag. Feiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde 1. des Ing. HS, 2. der T GmbH, beide in W und vertreten durch die Stoltzka & Partner Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 8. Juni 2010, UVS-07/A/28/3546/2009-9, UVS-07/AV/28/3568/2009, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesministerin für Finanzen; Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführenden Parteien haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid erkannte die belangte Behörde - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - den Erstbeschwerdeführer schuldig, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der Zweitbeschwerdeführerin zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit Sitz in W als Arbeitgeberin auf der Baustelle "Outletcenter - Airportcenter" in S die slowakischen Staatsangehörigen 1. HB und 2. JM von 11. Februar 2008 bis 26. September 2008 und von 29. September 2008 bis 7. Oktober 2008,

3. MP und 4. PT von 18. Februar 2008 bis 26. September 2008 und von 29. September 2008 bis 7. Oktober 2008, 5. GT von 17. März 2008 bis 26. September 2008 und von 29. September 2008 bis 7. Oktober 2008, 6. LO und 7. LT von 5. Juni 2008 bis 26. September 2008 und von 29. September 2008 bis 7. Oktober 2008, sowie 8. ZT von 30. Juni 2008 bis 26. September 2008 und von 29. September 2008 bis 7. Oktober 2008, als Monteure mit dem Einbau von Sprinkleranlagen beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Er habe dadurch § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verletzt und es wurden über ihn deshalb hinsichtlich 1. bis 4. Geldstrafen von je EUR 5.000,- (Ersatzfreiheitsstrafen je vier Tagen), betreffend 5. eine Geldstrafe von EUR 4.800,- (Ersatzfreiheitsstrafe drei Tage und zwölf Stunden), sowie hinsichtlich 6. bis 8. Geldstrafen von je EUR 3.800,- (Ersatzfreiheitsstrafe zwei Tage und zwölf Stunden) verhängt.

Weiters wurde gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängten Geldstrafen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand hafte.

Begründend stellte die belangte Behörde - im Rahmen der Darlegung des Verfahrensgangs - den Inhalt der mit den Ausländern vereinbarten "Auftragsschreiben" wie folgt fest:

"Montage von Sprinkleranlageteilen im Bereich Firma DOC S inkl. der erforderlichen Anpassarbeiten und Errichtung von Zwischenstücken. Der angeführte Preis versteht sich als Festpreis bis Bauende für das o.a. BV und beinhaltet sämtliche Aufwendungen für die Errichtung des beauftragten Anlagenteiles sowie alle Kosten und Nebenkosten, inklusive Kosten für Handwerkzeug.

-

Teil- und Gesamtdruckproben nach Erfordernis, Abnahme durch (die zweitbeschwerdeführende Partei) (jeweils 15 bar für die Dauer von 24 Stunden)

-

Bauunterbrechung im normalen Rahmen

-

Bautagebuch täglich geführt - wöchentlich übergeben an (die zweitbeschwerdeführende Partei)

-

Einhaltung der Sicherheitsvorschriften und sämtlicher lokalen gesetzlichen und sonstigen Regelungen

-

Meldepflicht (sofort) bei baulichen Änderungen

-

Übernahme sowie Bestätigung von angeliefertem Material (wöchentliche Übergabe der Lieferscheine an Projektleitung (der zweitbeschwerdeführenden Partei))

-

Baustellenordnung ist zu beachten und einzuhalten

-

Teilnahme bei Inbetriebnahme(n) der Anlage

-

Mängelbehebung innerhalb von 5 Tagen

-

Montage fachgerecht laut Plan und den einschlägigen Vorschriften (TRVB 127)

-

Rechtzeitige Meldung bei drohender Montagehinderung

-

Ausbessern bzw. Ergänzung von Anstrich oder Beschichtung nach Erfordernis

-

Änderungen nach Notwendigkeit abweichend von der Planung nach Erfordernissen der baulichen Situationen

-

Anpassungsarbeiten am vorgefertigten Rohrnetz nach Erfordernis"

Weiters sei in den Vereinbarungen vorgesehen, dass die zweitbeschwerdeführende Partei sämtliches Material beistelle; für die Montage von 400 Sprinkler sei ein Pauschalpreis von EUR 9.900,-

- festgehalten und die 14-tägige Teilrechnungslegung nach Leistungsfortschritt vereinbart. Unter "Abwicklungsdetails" sei festgehalten, dass die Übergabe der erbrachten Leistungen in Form einer Abnahme durch die Projektleitung oder Montageleitung der zweitbeschwerdeführenden Partei erfolge. Bei Anzeichen von Terminüberschreitung könne ohne Setzung eines Nachtermins eine Ersatzvornahme durchgeführt werden. Der Auftragnehmer sei verpflichtet, das Bautagebuch zu führen. Montageunterbrechungen seien vom Auftragnehmer einzukalkulieren. Die ordnungsgemäße und unverzügliche Entsorgung aller im Zusammenhang mit dem Auftrag stehenden Abfälle, Verpackungsmaterialien und Rückstände sei gemäß den Anweisungen der Montageleitung durchzuführen. Der Auftragnehmer erstelle Druckprobenprotokolle, die von der örtlichen Bauaufsicht abgezeichnet würden. Er hafte und garantiere für die Einhaltung aller Arbeitnehmerschutzvorschriften. Eventuelle Überstundenzuschläge würden von der zweitbeschwerdeführenden Partei nur bezahlt, wenn diese vor Anfall ausdrücklich schriftlich bestellt würden. Bei Mängeln müsse der Auftragnehmer diese umgehend korrigieren; Mängelrügen und Mängelerledigungen bedürften der Schriftform. Der Vertrag enthalte einen Montagebeginn sowie Zwischentermine laut Montageterminplan mit dem Bemerkung, dass die Zwischentermine von der zweitbeschwerdeführenden Partei bekannt gegeben würden, sowie einen Endtermin mit Option auf Verlängerung. Als Pönale sei 1 % pro Arbeitstag, maximal 10 % der Auftragssumme, angeführt. Direkt dem Auftragnehmer zuordenbare Bauschäden würden diesem in Rechnung gestellt und von der Schluss- oder Teilrechnung in Abzug gebracht. Die Gewährleistungszeit werde mit drei Jahren und drei Monaten nach Bauherrenabnahme festgelegt. Dem Auftragnehmer sei es nicht gestattet, während der Laufzeit des Projekts und der daran anschließenden Gewährleistungszeit hinsichtlich des vertragsgegenständlichen Bauwerks in direkte Geschäftsbeziehungen mit dem Bauherrn, dem Generalunternehmer oder anderen involvierten Firmen zu treten oder derartige Geschäftsbeziehungen zu anderen Unternehmen (insbesondere solchen, an denen er selbst direkt oder indirekt beteiligt sei) anzubahnen oder zu fördern. Für jeden Fall der Verletzung dieser Bestimmung gelte eine verschuldensunabhängige, nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe in Höhe von 50 % des Gesamtauftragswerts als vereinbart.

Darüber hinaus traf die belangte Behörde explizit folgende Feststellungen:

"Der (Erstbeschwerdeführer) ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der (zweitbeschwerdeführenden Partei). Unternehmensgegenstand ist die Errichtung brandschutztechnischer Anlagen. Im Jahr 2007 bewerkstelligte diese Gesellschaft den Einbau der Brandschutzanlage auf der Baustelle Outletcenter-Airportcenter in S. Der Auftrag wurde zum Teil mit eigenem Personal, mit Leasingpersonal und zum Teil mit Subunternehmern abgewickelt. Die Haupt- und

Steigleitungen wurden von Leasingarbeitern verlegt. Mit der Montage der Sprinkleräste und der Sprinkler wurden die acht im Straferkenntnis angeführten slowakischen Staatsangehörigen beauftragt. Grundlage für diese Tätigkeit waren mit jedem der Ausländer als Auftragschreiben titulierte Vereinbarungen mit dem oben wiedergegebenen Inhalt. Diese Vereinbarungen beziehen sich auf die im Straferkenntnis angeführten Zeiträume. Den Slowaken wurde vom Obermonteur der (zweitbeschwerdeführenden Partei) die Arbeit derart abschnittsweise zugeteilt, dass sie in etwa zweiwöchigen bis monatlichen Abständen angewiesen wurden, in einem bestimmten Bereich die Sprinkleräste und die Sprinkler zu montieren. Die Ausländer haben alle zwei Wochen (nach einem von der (zweitbeschwerdeführenden Partei) vorgegebenen Entwurf) Rechnung gelegt und wurden entsprechend der montierten Anzahl von Sprinklern entlohnt. Das zu verarbeitende Material wurde von der (zweitbeschwerdeführenden Partei) zur Verfügung gestellt. Die Ausländer haben mit eigenem Werkzeug gearbeitet. Die Ausländer haben dem Obermonteur die Anzahl der montierten Sprinkler mitgeteilt, der dies an das Unternehmen weitergeleitet hat. Nach Fertigstellung des jeweils zugewiesenen Abschnittes hat der Vorarbeiter eine Kontrolle durchgeführt und allfällige Verbesserungen angeordnet. Die Ausländer waren zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet. Krankheitsbedingte Ausfälle gab es nicht. Fixe Arbeitszeiten waren nicht vorgegeben. Die Slowaken haben während der Tätigkeit auf der gegenständlichen Baustelle für keine anderen Auftraggeber gearbeitet. Die Ausländer verfügen in der Slowakei über eine oder mehrere Gewerbeberechtigungen, auch für das Installationsgewerbe. Über eine Unternehmensstruktur (Büro, Angestellte, Firmenfahrzeug) verfügen die Ausländer nicht."

Diesen Sachverhalt gründete die belangte Behörde auf nachstehende Beweiswürdigung:

"Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die im Verfahren vorgelegten Unterlagen und die Angaben der Zeugen und des (Erstbeschwerdeführers). Den festgestellten Arbeitsablauf hat der Zeuge GM dargelegt. Seine Angaben decken sich im Wesentlichen mit den Aussagen der einvernommenen Ausländer. Einer der Ausländer gab an, dass vereinbart war, er könne im Krankheitsfall einen Vertreter entsenden. Der (Erstbeschwerdeführer) hat hingegen schon bei seiner ersten Einvernahme festgestellt, dass die Ausländer zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet waren und keinen Vertreter stellen konnten. Da es zu einem krankheitsbedingten Ausfall nicht kam, kommt den Angaben des Zeugen in diesem Punkt keine große Bedeutung zu und wird diesbezüglich den Angaben des (Erstbeschwerdeführers) gefolgt. Die Feststellungen über die fehlende Unternehmensinfrastruktur bei den Ausländern folgt aus deren Angaben bei den Zeugeneinvernahmen. Übereinstimmend haben die einvernommenen Zeugen die Abrechnungsmodalitäten dargelegt."

Nach Zitierung der maßgeblichen Rechtsvorschriften und Wiedergabe der dazu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kam die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht zum Ergebnis, dass bei Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände die Ausländer nicht als selbständige Unternehmer im Rahmen von echten Werkverträgen tätig gewesen, sondern in arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen verwendet worden seien, sodass eine Beschäftigung im Sinn der §§ 2 Abs. 2 lit. b und 3 Abs. 1 AuslBG vorliege.

Die Tätigkeit der Ausländer sei in Erfüllung eines von deren Auftraggeber übernommenen Werkvertrags erfolgt; ihre Arbeitsleistung sei der zweitbeschwerdeführenden Partei zu Gute gekommen und habe sich über eine längere Dauer erstreckt. Sie seien zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet gewesen; bei den von ihnen durchgeführten Installationsarbeiten (Montage der Zweigleitungen und der Sprinkler) habe es sich um solche einfacherer Natur gehandelt. Die Ausländer seien in ihrer Entscheidungsfreiheit beschränkt gewesen, weil sie ihre Tätigkeit nach - entsprechend dem Arbeitsfortschritt erteilten - Anweisungen des Vorarbeiters zu verrichten gehabt hätten. Wenn keine konkreten Montageanweisungen erteilt worden seien, dann deshalb, weil die Ausländer im Hinblick auf die Gleichartigkeit der Tätigkeit, derartiger Anweisungen nicht bedurft hätten. Der Vorarbeiter habe die Tätigkeit der Ausländer insofern kontrolliert, als er allfällige Verbesserungen angeordnet habe. Die Ausländer seien verpflichtet gewesen, einen Bautagesbericht zu verfassen und es sei einmal pro Woche über den Arbeitsfortschritt berichtet worden. Auch wenn mangels fixer Arbeitszeiten eine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit nicht vorliege, seien die tatsächlich geleisteten (fünf bis sieben) Arbeitsstunden (wenngleich nicht täglich, so fallweise auch an Wochenenden) den Arbeitszeiten von Arbeitnehmern nicht völlig unähnlich. Im Übrigen hätten die Arbeitsvorgaben eine regelmäßige Tätigkeit in diesem Ausmaß erfordert. Die Ausländer seien in den genannten Zeiträumen nur für die zweitbeschwerdeführende Partei und nicht für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer tätig gewesen und nach der Anzahl der montierten Sprinkler entlohnt worden, was einem Akkordlohn entspreche und nicht auf das Vorliegen eines echten Werkvertrags hindeute, zumal in regelmäßigen Abständen von zwei Wochen

abgerechnet worden sei. Die Ausländer hätten ausschließlich vom Auftraggeber beigestelltes Material verarbeitet, wobei diesem Umstand hier wegen der Eigenschaft der zweitbeschwerdeführenden Partei als Planerin und Monteurin der Gesamtanlage kein allzu großes Gewicht zukomme. Ebenso wenig falle maßgeblich ins Gewicht, dass die Ausländer eigenes Werkzeug verwendet hätten, weil dies auch bei der Durchführung von Installationsarbeiten durch Monteure im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen der Fall sei. Den Auftragschreiben lasse sich keine im Vorhinein hinreichend individualisierte und konkretisierte Leistung entnehmen; der im Verfahren dazu vorgelegte Montageplan habe keinem bestimmten Ausländer zugeordnet werden können. Im Übrigen seien die zu montierenden Abschnitte vom Vorarbeiter in regelmäßigen zeitlichen Abständen von zwei Wochen bis zu einem Monat zugewiesen worden, während sich die schriftliche Vereinbarung auf einige Monate bezogen habe. Die Ausländer hätten vielmehr ein ständiges Bemühen geschuldet; ihre Tätigkeit habe nicht auf ein bestimmtes Endprodukt als solches abgezielt. Ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit sei ebenfalls nicht feststellbar. Die Ausländer seien bei allfälligen Mängeln vom Vorarbeiter angewiesen worden, diese zu beheben. Die Entlohnung sei eher leistungs- als erfolgsbezogen gewesen; ihrer Tätigkeit mangle es nach den im Verfahren vorgelegten Unterlagen an einer hinreichenden Abgrenzbarkeit. Eine Gewerbeanmeldung in der Slowakei spreche ebenso wenig wie eine allfällig in Anspruch genommene Sozialversicherung für Selbständige gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, weil es entscheidend auf die Erbringung von Dienstleistungen in persönlicher (wirtschaftlicher) Abhängigkeit ankomme.

Über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Verwaltungsakten durch die belangte Behörde erwogen:

Die beschwerdeführenden Parteien machen Verfahrensmängel geltend und erblicken unter diesem Gesichtspunkt zunächst eine Aktenwidrigkeit betreffend die festgestellte fehlende Unternehmensstruktur der Ausländer und die Kontrolle ihrer Arbeit durch GM, die jedoch nicht vorliegt. Eine Aktenwidrigkeit ist lediglich dann anzunehmen, wenn der Akteninhalt unrichtig wiedergegeben wurde, nicht aber, wenn Feststellungen getroffen werden, die auf Grund der Beweiswürdigung oder einer anders lautenden rechtlichen Beurteilung mit den Behauptungen einer Partei nicht übereinstimmen (siehe etwa das Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl. 2009/09/0065, mwN). Die Feststellungen der belangten Behörde zur fehlenden Unternehmensstruktur bei den Ausländern konnte sich nun aber auf die Aussagen der einvernommenen Zeugen PT und ZT stützen, während lediglich der Zeuge MP angab, über ein eigenes Büro und ein Firmenfahrzeug zu verfügen, eine Versicherung für Mangelgeschäden abgeschlossen und die Rechnungslegung durch eine Buchhalterin veranlasst zu haben. Die Verwendung eigenen Werkzeugs wurde im angefochtenen Bescheid ohnedies festgestellt. Inwieweit diese Merkmale für die Beurteilung der Tätigkeit der Ausländer im vorliegenden Fall ausschlaggebend sind, ist indes eine Frage der rechtlichen Beurteilung, die weiter unten zu behandeln sein wird.

Die von der belangten Behörde festgestellte Kontrolle der Ausländer durch den als Vorarbeiter bezeichneten Mitarbeiter der zweitbeschwerdeführenden Partei GM findet in seiner Aussage "... ich habe den fertiggestellten Abschnitt kontrolliert und das der Firma bekannt gegeben" bzw. "Bei unzulänglichen Montagen wurde der betreffende Subunternehmer angewiesen, das zu verbessern."

Deckung. Auch insoweit liegt daher die geltend gemachte Aktenwidrigkeit nicht vor.

Die als Verfahrensmangel gerügte "Unvollständigkeit der Sachverhalts-Feststellungen" sind als allfällige sekundäre Feststellungsmängel der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen und ebenfalls erst mit dieser zu prüfen.

Eine weitere Mangelhaftigkeit des Verfahrens sehen die beschwerdeführenden Parteien darin, dass die Zeugen LT und JM, die am 24. Februar 2010 unentschuldigt nicht zur Verhandlung vor der belangten Behörde erschienen waren, nicht einvernommen wurden.

Dem ist zu erwidern, dass die belangte Behörde die angesprochenen Ausländer an ihrer Adresse in der Slowakei zu beiden Terminen (sowohl für den 12. Jänner 2010 als auch für den 24. Februar 2010) geladen hat und die Zustellung der Ladungen nach dem Akteninhalt auch durch Übernahme an der Abgabestelle ausgewiesen sind. Die belangte Behörde hat somit durch Zustellung der Ladungen an die ihr bekannten ausländischen Adressen zur mündlichen Verhandlung den Versuch einer persönlichen Einvernahme unternommen, der nur infolge des Umstands nicht zum Erfolg geführt hat, weil die so Geladenen zur Verhandlung unentschuldigt nicht erschienen sind. Da eine zwangsweise Durchsetzung des Erscheinens im Ausland nicht möglich ist, durfte die belangte Behörde zu Recht davon ausgehen, dass die persönliche Einvernahme dieser Zeugen wegen deren entfernten Aufenthalts nicht möglich war (vgl. etwa auch das Erkenntnis vom 16. September 2009, Zl. 2007/09/0347). Im vorliegenden Fall mangelt es einem darin

allenfalls zu erblickenden Verfahrensmangel aber auch schon an Relevanz, weil es auf die von der Beschwerde in diesem Zusammenhang aufgezeigten, aus einer Zeugeneinvernahme zu ermittelnden Tatsachen im vorliegenden Fall aus rechtlichen Erwägungen - wie im Folgenden aufzuzeigen ist - nicht ankommt. Bei der Frage, ob die Ausländer als arbeitnehmerähnlich im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG anzusehen wären, handelt es sich hingegen um eine rechtliche Beurteilung, die einem Zeugenbeweis nicht zugänglich ist.

Soweit sich die Beschwerde gegen die Beweiswürdigung der belangten Behörde wendet, ist hiezu vorweg darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Beweiswürdigung um einen Denkprozess handelt, der nur insofern einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorganges handelt bzw. darum, ob die Beweisergebnisse, die in diesem Denkvorgang gewürdigt wurden, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden sind. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt daher der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053). Eine derartige Unschlüssigkeit zeigen die beschwerdeführenden Parteien im Ergebnis jedoch nicht auf.

Die Feststellungen zur fehlenden Vertretungsmöglichkeit stützte die belangte Behörde auf die Darstellung des Erstbeschwerdeführers selbst. Dass es zu dieser Frage auch gegenteilige Aussagen gab, macht die Beweiswürdigung noch nicht unschlüssig. Dem in der Beschwerde dargelegten Erklärungsversuch, dass der Erstbeschwerdeführer gemeint habe, dass die Ausländer wegen der für die Montage erforderlichen Kenntnisse nicht "irgendwen schicken" hätten können ist bereits die belangte Behörde entgegen getreten, als sie festhielt, dass es sich bei den von den Ausländern durchgeführten Installationsarbeiten (Montage der Zweigleitungen und der Sprinkler) um solche einfacherer Natur gehandelt habe. Dem tritt auch die Beschwerde nicht konkret entgegen. Für die Qualifikation als "einfachere Arbeiten" sprechen nicht zuletzt die Aussagen der einvernommenen Zeugen, die überwiegend keine einschlägige Installateur-Fachausbildung hatten.

Auch der Vorwurf der beschwerdeführenden Parteien, dass die belangte Behörde den Wortlaut der abgeschlossenen Verträge völlig ignoriert habe, ist nicht berechtigt. Anders als bei der zivilrechtlichen Betrachtung, ob gemäß § 861 ABGB ein Vertrag gültig zu Stande gekommen ist, wo der objektive Erklärungswert im Vordergrund steht, kommt es zur Beurteilung, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt, auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit an (vgl. das Erkenntnis vom 24. März 2011, Zl. 2011/09/0029, u.v.a.).

Auf Grund der - in einem von relevanten Mängeln freien Verfahren auf dem Boden einer nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung - getroffenen Feststellungen ist die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, dass es sich vorliegend um arbeitnehmerähnliche Verhältnisse im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG gehandelt und der Erstbeschwerdeführer damit den Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht habe, nicht zu beanstanden:

Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes 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. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig. Seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, muss eher darin erblickt werden, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist (vgl. das Erkenntnis vom 15. Februar 2013, Zl. 2011/09/0009, mwN).

Ein Werkvertrag liegt hingegen nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werks gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die bereits im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar

leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrags. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. etwa das Erkenntnis vom 22. März 2012, Zlen. 2011/09/0089, 0090 mwN).

Als typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung werden etwa die Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers, Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, persönliche Leistungspflicht, Beschränkung der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit, Berichterstattungspflicht, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Arbeit nur für einen oder nur für eine geringe Zahl von Auftraggebern, Unternehmensbindung, Entgeltlichkeit oder direkter Nutzen der Arbeitsleistung für den Auftraggeber, Arbeit gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen (wie z.B. durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten, Ersatz der Kosten für Reinigungsmittel), genannt.

Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht hingegen, dass der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert, wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist (vgl. zum Ganzen das Erkenntnis vom 18. Dezember 2012, Zl. 2012/09/0129).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zlen. 2002/09/0187 bis 0189).

Im gegenständlichen Fall hatten die Ausländer Sprinkleräste und Sprinkler im Zuge der von der zweitbeschwerdeführenden Partei herzustellenden Brandlöschanlage in einem in Bau befindlichen Gebäude zu montieren. Vereinbart war die Montage einer gewissen Anzahl von Sprinklern gegen Bezahlung eines Pauschalentgelts. Entgegen der Beschwerdeansicht lässt sich den vorgelegten "Auftragsschreiben" ein im Vorhinein bestimmtes, abgrenzbares, unterscheidbares, dem jeweiligen Arbeiter zuordenbares "gewährleistungstaugliches" Werk nicht entnehmen, sondern erfolgte die Zuteilung der vom einzelnen Ausländer zu bearbeitenden Gebäudebereiche erst auf der Baustelle durch den Vorarbeiter der zweitbeschwerdeführenden Partei in mehrwöchigen Zeitabständen an Hand von Plänen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellt jedoch eine Leistung, die bei Vertragsabschluss nicht im Vorhinein eindeutig bestimmt ist, sondern erst nach diesem Zeitpunkt auf einer Baustelle "an Ort und Stelle festgelegt" werden soll, kein Werk dar und kann keine Grundlage einer Gewährleistung sein (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 29. April 2011, Zl. 2008/09/0024, und vom 16. September 2009, Zl. 2009/09/0150). Das nachträgliche Festhalten der den einzelnen Ausländern zugeordneten Bereiche in den Plänen ist für diese Beurteilung daher unerheblich.

Die slowakischen Arbeiter waren somit - zudem über einen Zeitraum von mehreren Monaten - in den auf die Errichtung der Sprinkleranlage ausgerichteten Produktionsablauf des Unternehmens der zweitbeschwerdeführenden Partei eingebunden. Ihre Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die Arbeitszeiten war schon wegen der engen zeitlichen Vorgaben äußerst beschränkt. Zwar verwendeten die Ausländer ihr eigenes Werkzeug wie Bohrer, Hammer, Zange, Trennschleifer und gegebenenfalls Leiter; sie verarbeiteten dabei jedoch ausschließlich das von der zweitbeschwerdeführenden Partei beigestellte Material. An diesem Umstand vermag auch nichts zu ändern, dass dieses Material sämtlichen - auch inländischen - Subunternehmen zur Verfügung gestellt werde, wie in der Beschwerde vorgebracht wird. Ebenso wenig ist für die Beurteilung der Tätigkeit der Ausländer im vorliegenden Fall wesentlich, ob die hier verwendeten "Auftragsschreiben" auch bei der Beauftragung österreichischer Subunternehmer Anwendung finden, unterliegen diese insoweit doch nicht dem Ausländerbeschäftigungsgesetz.

Soweit die Beschwerde die Weisungsfreiheit der Ausländer hervorhebt, ist ihr zu erwidern, dass wenn sich - wie hier - die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat, sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechts in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers") äußert (vgl. etwa das Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026), die im vorliegenden Fall auch ausgeübt wurden. So wurden von GM - wie bereits ausgeführt - die fertiggestellten Abschnitte kontrolliert und die Ausländer bei unzulänglichen Montagen unmittelbar angewiesen, die Ausführung zu verbessern. Eine solche die Arbeiten laufend begleitende Kontrolle der Tätigkeit der Ausländer ist ebenfalls ein starkes Indiz für die für ein Arbeitsverhältnis typische Eingliederung in die Betriebsorganisation (vgl. auch das Erkenntnis vom 16. September 2010, Zl. 2010/09/0158). Inwieweit die in den schriftlichen Verträgen vereinbarten - und von der belangten Behörde anders als die Beschwerde meint ohnedies festgestellten - Gewährleistungsbestimmungen angesichts dieses Vorgehens und des Umstands, dass das Material ausschließlich von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt wurde, praktische Bedeutung hätten erlangen können, ist nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde auch nicht dargelegt.

Die Tätigkeit der Ausländer stellt sich letztlich - ähnlich wie die Tätigkeit von Arbeitskräften etwa im Bereich der Errichtung von Gipskartonwänden - als einfache Arbeiten dar, die mengenmäßig verrichtet werden und bei der in der Regel kein abgrenzbares Werk geleistet wird. Entgegen der Beschwerdeansicht wird insgesamt kein Umstand aufgezeigt, der die Gesamtbetrachtung der belangten Behörde, die Ausländer seien nach dem wirtschaftlichen Gehalt ihrer tatsächlichen Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt worden, im Ergebnis als rechtswidrig erscheinen ließe.

Den von den beschwerdeführenden Parteien hervorgehobenen Umstand, dass (zumindest manche) Ausländer in der Slowakei über eine gewisse Unternehmensstruktur verfügten, kommt im vorliegenden Fall im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit kein wesentliches Gewicht zu. Der bloß formale Umstand, dass die Ausländer im Besitz einer Gewerbeberechtigung waren, ist für die Beurteilung ihrer sachverhaltsmäßig festgestellten Tätigkeit dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes überdies nicht maßgeblich (vgl. etwa das Erkenntnis vom 14. Dezember 2012, Zl. 2010/09/0221).

Zum Vorbringen des Erstbeschwerdeführers, dass er aufgrund desselben Sachverhalts wegen einer Verletzung des (§ 33 Abs. 1 iVm § 111 Abs. 1) ASVG bestraft worden sei und eine Bestrafung nach dem AuslBG im Hinblick auf das Doppelbestrafungsverbot unzulässig sei, genügt es gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf die diesbezügliche Begründung im Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2008/09/0203, zu verweisen. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof unter Berücksichtigung der Judikatur des EGMR und des Verfassungsgerichtshofes dargetan, dass die beiden auch gegenständlich in Rede stehenden Delikte nicht dieselbe Tat betreffen. Eine dem Art. 4 des 7. ZP EMRK widersprechende Bestrafung des Beschwerdeführers hat schon aus diesem Grund - unabhängig davon, dass der Bescheid, mit dem eine Bestrafung wegen Übertretung des § 33 ASVG erfolgt war, mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. Oktober 2012, Zl. 2011/08/0097, aufgehoben wurde - gegenständlich nicht stattgefunden.

Der Erstbeschwerdeführer wendet sich schließlich gegen die Strafbemessung. Diesem Vorbringen ist zunächst zu entgegnen, dass Übertretungen nach § 28 Abs. 1 AuslBG Ungehorsamsdelikte im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG sind, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder eine Gefahr nicht gehört. In einem solchen Fall ist das verantwortliche Organ strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbilds durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. Bei Erfüllung des objektiven Tatbilds hat der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft. Solange dies nicht der Fall ist, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es wäre daher Sache des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretungen kein Verschulden traf.

Den Beschwerdeführer traf jedoch die Verpflichtung, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfelds ausreichend vertraut zu machen. Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der für den



Vollzug des AuslBG zuständigen Behörde (der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice), im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden könnten; hingegen ist es auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf. Unterlässt der Beschwerdeführer - wie hier - die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann der Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen ist (vgl. etwa das Erkenntnis vom 11. November 2013, Zlen. 2009/09/0060, 0061, mwN).

Die Bemessung der Strafe ist eine Ermessensentscheidung der Behörde, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist. Vom Verwaltungsgerichtshof verbleibt daher zu prüfen, ob die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinn des Gesetzes Gebrauch gemacht hat, d.h. ob die verhängte Strafe unter Bedachtnahme auf die Strafbemessungsgründe vertretbar erscheint (vgl. das Erkenntnis vom 22. März 2012, Zlen. 2011/09/0188, 0189).

Beim Verbot der Beschäftigung von nach dem AuslBG hierzu nicht berechtigten Arbeitnehmern handelt es sich um eine für die Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes besonders wichtige Norm; der Gesetzgeber hat der Einhaltung dieser Norm ein sehr großes Gewicht beigemessen (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 21. März 2013, Zl. 2012/09/0053).

Entgegen den Beschwerdeausführungen hat die belangte Behörde in ihrer Begründung - wenn auch nicht ausdrücklich als Milderungsgrund bezeichnet - ohnedies berücksichtigt, dass der Erstbeschwerdeführer zum Tatzeitpunkt nicht wegen der unberechtigten Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte bereits rechtskräftig bestraft, er also insoweit unbescholten war. Auch auf die bloß fahrlässige Begehung der Tat nahm die belangte Behörde in diesem Zusammenhang ausdrücklich Bedacht. Vor diesem Hintergrund kann angesichts der schlüssigen Ausführungen im angefochtenen Bescheid zur Abwägung der Strafbemessungsgründe nicht erkannt werden, dass durch die Verhängung der - auf Grund der unterschiedlichen Beschäftigungsdauer - der Höhe nach gestaffelten Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafen dieses der belangten Behörde eingeräumte Ermessen überschritten und der Erstbeschwerdeführer dadurch in seinen Rechten verletzt worden wäre.

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

Von der beantragten Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. etwa das Erkenntnis vom 18. Dezember 2012, Zl. 2012/09/0038).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008. Wien, am 3. Oktober 2013

### **Schlagworte**

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Rechtliche BeurteilungVerfahrensbestimmungenIndividuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1 Beweismittel Zeugenbeweis

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

ECLI:AT:VWGH:2013:2010090152.X00

### **Im RIS seit**

25.10.2013

### **Zuletzt aktualisiert am**

14.02.2019

**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)