

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/10/22 94/08/0178

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.10.1996

## Index

60/02 Arbeitnehmerschutz;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

AIVG 1977 §1 Abs1 lita;  
ASVG §3 Abs3;  
ASVG §4 Abs1 Z1;  
AÜG §16;  
AÜG §2;  
AÜG §4 Abs1;  
AÜG §4 Abs2 Z1;  
AÜG §4 Abs2 Z2;  
AÜG §4 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hnatek sowie den Senatspräsidenten Dr. Knell und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Sulyok als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hackl, über die Beschwerde der Wiener Gebietskrankenkasse in Wien, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 28. Juni 1994, Zl. 120.531/6-7/94, betreffend Vollversicherungspflicht nach dem ASVG und dem AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1) K. KG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. S 2) Allgemeine Unfallversicherungsanstalt,

3) Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter und weitere 26 mitbeteiligte Parteien, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die erstmitbeteiligte K. KG, die ihren Sitz in Wien hat, schloß am 3. April 1991 als "Auftraggeber" mit der R. GmbH, die ihren Sitz in Budapest hat, als "Auftragnehmer" einen "Werksvertrag" ab, dessen im Beschwerdefall wesentliche Bestimmungen lauten:

## "§ 2 Vertragsgegenstand:

Durchführung der kompletten Montage der Wärme- und Schalldämmung für die REA (Rauchgasentschwefelungsanlage) im Fernheizkraftwerk W durch den Auftragnehmer.

Der Auftragnehmer erklärt ausdrücklich, daß ihm der Vertragsumfang genau bekannt ist und daß er mit den örtlichen Verhältnissen, Vorschriften, Gepflogenheiten, Material- und Einsatzbedingungen sowie allen sonstigen für die Ausführung der Montagearbeiten bedeutenden Umstände vertraut ist.

Der Auftragnehmer führt alle Arbeiten in voller Verantwortung für die sach-, fach-, funktions- und termingerechte Durchführung aus. Vom Auftraggeber oder Endkunden vorgenommene Überprüfungen und Kontrollen entheben den Auftragnehmer in keinem Falle seiner Verantwortung für die vertragsgemäße und technisch einwandfreie Ausführung der Arbeiten.

## § 3 Arbeitsumfang:

Vertragsumfang ist die einmalige Montage der Schallisolierung für

- alle Rauchgaskanäle inkl. Klappen und nachstehend aufgelisteten Kompensatoren
- den Rauchgasführenden Bereich des Waschturmes
- den Gavo
- das Gebläse einschließlich Schalldämpfer
- den Elektrofilter einschließlich Austragshutzen
- Oxydationsluftkühler und Luftleitungen
- Konus des Aschesilos und Rohrkettenförderanlage
- den Entleerungsbehälter einschließlich Steigschacht der Rohrleitungen
- den Waschturm-Unterteil (Schallabsorptionsfläche)

Gegenstand des Vertrages sind im Einzelnen folgende Anlagenteile:

...

## § 4 Ausführung:

Für die Ausführung der Isolierung sind die beiliegenden Spezifikationen und Auszüge aus dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Endkunden sowie grundsätzlich die allgemein gültigen Normen verpflichtend.

Generell gilt folgender Konstruktionsaufbau:

...

## § 5 Montagetermine:

Montagebeginn ab KW 15/91

Montageende bis KW 50/91 (pönalisiert)

Generell gemäß beiliegendem Vorab-Montage-Terminplan. Die Freigabe für die Isoliermontage erfolgt in Teilabschnitten im Einvernehmen mit unserer Bauleitung entsprechend dem Fortschritt und Erfordernis der Anlagenmontage und wird im BTB festgehalten.

...

#### § 6 Pönale:

Hält der Auftragnehmer den Fertigstellungstermin oder die noch zu vereinbarenden Zwischentermine nicht ein, ist der Auftraggeber berechtigt, eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Verzugsstrafe von 1 % pro angefangener Woche Verzug, maximal jedoch 10 % des Gesamtauftragswertes in Abzug zu bringen. Der Abzug einer Pönalezahlung entbindet den Auftragnehmer nicht von seiner Leistungsverpflichtung und schließt über die Pönaleforderung hinausgehende Schadensansprüche nicht aus. Ein Schadensnachweis ist vom Auftraggeber nicht zu erbringen.

#### § 7 Abnahme/Inspektionen:

Die Überwachung der Ausführung und die Abnahme erfolgt durch die Bauleitung des Auftraggebers während der Arbeitsdurchführung. Nach kompletter Fertigstellung der Isolierung der einzelnen Anlagenteile ist eine Zwischenabnahme vorgesehen.

Die technische Endübernahme der Isolierung der Gesamtanlage erfolgt in Form eines schriftlichen Montage-Endprotokolles nach kompletter Fertigstellung der vertraglich vereinbarten Leistungen.

...

#### § 8 Abrechnung/Zahlung:

Die Bezahlung erfolgt gegen monatliche Teilrechnungen aufgrund eines Fortschrittprotokolles, welches durch den Bauleiter des Auftraggebers spätestens 1 Woche nach Vorlage bestätigt sein muß. Diese Bestätigung gilt nur für die sachliche Richtigkeit in Zusammenhang mit den beschriebenen Leistungen.

...

#### § 9 Garantie:

Der Auftragnehmer übernimmt die volle Garantie für die einwandfreie und sachgemäße Ausführung seiner Leistungen und die Einhaltung der anzuwendenden Normen und Vorschriften.

Die Garantiefrist beträgt 5 Jahre bzw. 24.000 Betriebsstunden vom Tage der vorläufigen Übernahme der Anlage durch den Endkunden und endet spätestens am 31.12.1997.

Im Reklamationsfalle wird der Auftraggeber den Auftragnehmer auffordern, entsprechende Nachbesserungen innerhalb von 30 Tagen durchzuführen. Die Inanspruchnahme der Bankgarantie ist erst nach Ablauf dieser Frist zulässig.

#### § 10 Preisstellung/Preisinhalt:

Für die beschriebenen Leistungen gilt ein Pauschal-Festpreis von ÖS 3,960.000,-- netto.

Dieser Preis gilt für die restlose sach-, fach- und termingerechte Ausführung inkl. aller Kosten für personelle sachliche und sonstige Aufwendungen jeder Art und beinhaltet insbesondere: ...

-  
Beistellung der erforderlichen Werkstattgeräte, Maschinen, Werkzeugen und Baubehelfen, ausgenommen die vom Auftraggeber beigestellten Teile

...

#### § 11 Leistungen des Auftraggebers:

-  
Eine Werkstatthalle (Ausmaß ca. 200 m<sup>2</sup>) einschließlich Baustromverteiler und Beleuchtung

Werkstattausrüstung bestehend aus 1 Abkantbank 2 m, 1 Abkantbank 1 m, 1 Rundmaschine elektrisch,

2 Sickenmaschinen elektrisch, 1 Tafelschere 1,2 m, Spritzanlage für Antidröhnbeschichtung

-  
Sämtliche Montage- und Hilfsmaterialien

-  
Transport- bzw. Hebegeräte zur Entladung schwerer Materialkolli

-  
Umkleidecontainer als Tagesunterkunft für das Personal

-  
Sanitärcontainer mit Wasch- und Toilettanlagen

-  
Bauleitungscontainer zur Mitbenutzung mit Telefon (gegen Entgelt)

-  
Freifläche für Zwischenlagerung der Materialien

-  
Strom in der Anlage ab Hauptverteiler

-  
Ausführungsvorschriften und technische Dokumentation

-  
Unterstützung durch die Bauleitung

-  
Besorgung der Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung im Namen des Auftragnehmers

-  
alle Gerüstungen

-  
alle Steuern und Abgaben in Österreich

#### § 12 Arbeitsablauf/Unterbrechungen:

Vor Beginn jedes Leistungsabschnittes hat der Bauleiter des Auftragnehmers Kontakt dahingehend aufzunehmen, ob die Ausführung unverändert, d.h. entsprechend den Vertragsunterlagen erfolgen soll, oder ob Änderungen eingetreten sind. ...

#### § 14 Schadenshaftung:

Der Auftragnehmer ist für alle im Zuge der durchzuführenden Arbeiten eventuell anfallenden Sach- und Personenschäden voll haftbar, soweit diese durch die vom Auftraggeber abgeschlossenen Versicherungen nicht gedeckt sind.

Für Schäden, Diebstahl, Feuer und ähnliches in seinem Baustellenbereich und/oder in Verbindung mit seiner Baustellenarbeit haftet ausschließlich der Auftragnehmer.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, im Bezug auf allfällige Schäden, die sein Personal erleidet, den Auftraggeber schad- und klaglos zu halten.

Der Auftragnehmer ist für die korrekte Durchführung der Montagearbeiten verantwortlich. Dieser Verantwortung wird er auch nicht enthoben, wenn Schadensfälle aus von ihm fehlerhaft oder unvollständig erbrachten Leistungen, die vom

Auftraggeber genehmigt wurden, resultieren. Sämtliche aus diesem Grunde entstehenden Terminverzögerungen und Mehrkosten gehen zu Lasten des Auftragnehmers.

Sollte in einem Schadensfalle der Auftraggeber im Regreßwege zur Ersatzleistung verpflichtet werden, ist er berechtigt, die Aufwendungen dem verursachendem Auftragnehmer anzulasten.

Die erforderlichen Sachschaden- und Haftpflichtversicherungen hat der Auftragnehmer auf seine Kosten einzudecken.

#### § 15 Vertragssprache:

Der Vertrag und aller damit zusammenhängende Schriftverkehr wird in deutscher Sprache abgefaßt. Die offizielle Baustellenabsprache zwischen dem Auftragnehmer und Auftraggeber ist deutsch.

Der Auftragnehmer hat Sorge zu tragen, daß sein Führungspersonal Deutsch in Wort und Schrift beherrscht. Für etwaige aus sprachlichen Schwierigkeiten des Auftragnehmers entstehende Mißverständnisse zwischen dem Auftragnehmer und Auftraggeber, den Baustellenleitungen und/oder dem Überwachungspersonal ist der Auftragnehmer voll verantwortlich.

..."

Diesen Vertrag brachte die K. KG der beschwerdeführenden Wiener Gebietskrankenkasse (im folgenden: Beschwerdeführerin) aufgrund einer Empfehlung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales mit Schreiben vom 30. April 1991 mit der Bitte um "Ausfertigung eines Negativbescheides" zur Kenntnis. Da das ungarische Unternehmen die bedungenen Montageleistungen vertragsgemäß in Eigenverantwortung in der Zeit vom 25. April bis 31. Dezember 1991 unter Einsatz seiner ungarischen Facharbeiter durchführen werde, die Errichtung einer Betriebsstätte nicht vorgesehen sei und weder eine wirtschaftliche Abhängigkeit noch rechtliche Beziehungen zwischen dem ausländischen Personal und der K. KG vorliege, gehe sie davon aus, daß die ungarischen Arbeitskräfte von der Versicherungspflicht in Österreich ausgenommen seien. Hiezu werde ergänzend angemerkt, daß die ausländischen Dienstnehmer gemäß dem ungarischen Sozialversicherungsgesetz durch ihren Arbeitgeber versichert seien.

Die Beschwerdeführerin übermittelte Fotokopien des eben genannten Schreibens der K. KG sowie des "Werksvertrages" dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit der Bitte um Bekanntgabe, ob seitens des Ministeriums "eine grenzüberschreitende Überlassung gemäß den Bestimmungen des AÜG erteilt worden ist".

Dazu teilte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit Schreiben vom 5. Juli 1991 mit, daß im Hinblick auf die in § 11 des vorgelegten Werkvertrages vorgesehene Beistellung der Werkstattausrüstung und sämtlicher Montage- und Hilfsmaterialien gemäß § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG Arbeitskräfteüberlassung, nämlich grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 16 AÜG, vorliege. Die K. KG habe aber keinen Antrag auf Erteilung der Bewilligung zur Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich gestellt. Sie verfüge über keine Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung.

Die Beschwerdeführerin führte daraufhin am 21. Oktober 1991 niederschriftliche Vernehmungen des Baustellenleiters der K. KG, T. und des Bauleiters der R. GmbH, O., durch. Die Niederschriften lauten:

"T.: Als Bauüberwacher der Baustelle der (K. KG) habe ich die technische Bauaufsicht. Meine Aufgabe ist die rechtzeitige Herbeischaffung des notwendigen Montagematerials und die Obsorge der Freigabe des jeweiligen Arbeits- oder Bauabschnittes. Weiters wird mit mir und dem ungarischen Vertreter besprochen, welches Arbeitsvolumen in welcher Zeit zu bewältigen ist. Auf die Anzahl der Arbeitskräfte habe ich keinen Einfluß. Weiters wird in der Regel wöchentlich überprüft, ob die eingesetzten (ungarischen) Arbeitskräfte gültige Arbeitsbewilligungen haben. Hauptaugenmerk meinerseits liegt in der termingerechten Fertigstellung der jeweiligen Bauabschnitte.

O.: Ich bin als Vertreter der (R. GmbH mit Sitz in Ungarn) beauftragt, mit ungarischen Arbeitskräften die im Werkvertrag festgelegten Arbeiten durchzuführen. Die Einteilung der einzelnen Leute bzw. Arbeitsgruppen werden von mir erstellt, entsprechend der Terminvorgabe für die diversen Bauabschnitte der (K. KG). Die ungarischen Arbeitskräfte sind ausschließlich an meine Anweisungen bzw. an die meines Vertreters gebunden. Weiters ist zu bemerken, daß keiner der ungarischen Arbeitskräfte der deutschen Sprache so mächtig ist, eine Auskunft vollständig zu erteilen bzw. die Fragestellung ausreichend zu verstehen."

Mit 26 Bescheiden vom 20. Jänner 1992, die sich jeweils auf einen der unter 4. bis 29. genannten mitbeteiligten Parteien bezogen, stellte die Beschwerdeführerin fest, daß der jeweilige Mitbeteiligte "aufgrund seiner Tätigkeit als

Bauarbeiter der (K. KG)" als Dienstgeber im Sinne des § 35 ASVG ab einem jeweils näher genannten Zeitpunkt (frühestens ab 29. April 1991) gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AlVG der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherungspflicht unterliege. Begründet wurden die Bescheide damit, daß im Hinblick auf die §§ "6" (gemeint wohl: 7 und 11) des vorliegenden Werkvertrages und die Aussagen des Baustellenleiters der K. KG feststehe, daß nach den tatsächlichen Verhältnissen die Arbeitnehmer der ungarischen Firma sehr wohl organisatorisch in den Betrieb der K. KG eingegliedert seien und deren Dienst- und Fachaufsicht unterstünden. Ebenso werde die Arbeit vorwiegend mit Material und Werkzeug der K. KG geleistet. Über den ungarischen Vertreter der R. GmbH habe der Baustellenleiter der K. KG sehr wohl Weisungsrechte bezüglich der Arbeiten; dies ergebe sich schon aus der Tatsache, daß die K. KG als Generalunternehmer die Bauaufsicht innegehabt habe. Aus den Aussagen des O. könne keine gegenteilige Schlußfolgerung gezogen werden. Allein der Umstand, daß die ungarischen Arbeiter der deutschen Sprache nicht mächtig seien, erzwinge seine Tätigkeit auf der Baustelle. Es liege demnach grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 16 AÜG vor. Dieser Rechtsansicht sei auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Die K. KG sei daher gemäß § 35 Abs. 2 ASVG als Dienstgeber (der mitbeteiligten ungarischen Facharbeiter) im Sinne des ASVG anzusehen.

In den gleichlautenden Einsprüchen gegen diese Bescheide wandte die K.KG Nachstehendes ein:

Es könne - auch unter Bedachtnahme auf § 4 Abs. 2 AÜG - nicht gleichzeitig ein Werkvertrag zwischen der K. KG und der R. GmbH und Arbeitskräfteüberlassung vorliegen. Es wäre daher Aufgabe der Beschwerdeführerin gewesen, entsprechende Erhebungen zu pflegen, die es ermöglicht hätten, das Vertragsverhältnis juristisch entweder als Arbeitskräfteüberlassung oder als Werkvertrag zu beurteilen. Diese juristische Frage sei nicht nach § 4 Abs. 2 AÜG zu beurteilen. § 4 Abs. 1 AÜG wolle die Beweislage bei der Aufdeckung getarnter Arbeitskräfteüberlassung verbessern, was insbesondere für jene Fälle von Bedeutung sei, in denen die Interessen zwischen Überlasser und Beschäftiger gleich liefen. Der in ihm festgehaltene Beurteilungsmaßstab gelte jedoch nur für die Sachverhaltswürdigung und nicht auch für die Klärung der Rechtsfrage. Sie sei nach den Kriterien der §§ 1165 ff ABGB vorzunehmen. Danach liege aber im gegenständlichen Fall ein echter Werkvertrag vor. Der Gesetzgeber habe in den Materialien zum AÜG auch ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, daß es seinem Willen entspreche, Werkverträge unangetastet zu lassen. Die nicht näher konkretisierte Rechtsansicht der Beschwerdeführerin hätte zur Folge, daß infolge der Integration im Organisationsbereich des Generalunternehmers und gewisser Weisungsbefugnisse nahezu alle Subunternehmer als Arbeitskräfteüberlasser zu betrachten wären, wodurch in das Rechtsinstitut des Werkvertrages auf verfassungsrechtlich bedenkliche Weise eingegriffen würde; dies obwohl der Einsatz von Montagearbeitern zur Durchführung projektbezogener Arbeiten geradezu den Prototyp des Personaleinsatzes auf werkvertraglicher Basis darstelle (vgl. Geppert, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 61). Es sei daher zu prüfen, ob nach dem "Beurteilungsmaßstab für Tatsachen" des § 4 Abs. 2 AÜG ein bloßes Scheingeschäft vorliege. Auch dies sei zu verneinen: § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG sei nicht gegeben, weil sich die R. GmbH gemäß § 2 des genannten Vertrages (wie sich aus § 9 ergebe, ernsthaft) zur Durchführung der kompletten Montage in eigener Verantwortung verpflichtet habe. Es gebe auch keine betriebliche Organisation der K. KG. auf der gegenständlichen Baustelle, in welche die Arbeiter der R. GmbH hätten integriert werden können. Die organisatorische Leitung sei vielmehr durch O. und seinen Stellvertreter besorgt worden. Zu § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG werde ausgeführt, daß Werkzeug und Material teils von der K. KG, teils von der R. GmbH zur Verfügung gestellt worden seien. In einem Werkvertrag könnten die Vertragsparteien aber die Stoffbeistellung beliebig regeln. Für sich allein könne der Frage der Stoff- bzw. Materialbeistellung somit keine allzu große Bedeutung zukommen (Geppert, AÜG, 59). Darüber hinaus seien die Handwerkzeuge und elektrischen Handgeräte, wie z.B. die Fassadenschrauber Hilti, Bohrmaschinen Bosch, Kreissägen Bosch und Stichsägen Hilti von der R. GmbH beigestellt worden. Sie verfüge auch über die Spezialgeräte, wie sie für die bedungenen Arbeiten notwendig seien, wie z.B. Abkantbänke, Rundmaschinen usgl. Allerdings habe die K. KG aus Kostengründen die Großmaschinen zur Verfügung gestellt. Auch § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG liege nicht vor. Daß es keine organisatorische Eingliederung in die betriebliche Struktur der K. KG gegeben habe, ergebe sich schon daraus, daß von der R. GmbH Vorarbeiter auf der Baustelle beschäftigt gewesen seien. Bereits aus den Spitzengehältern des Bauleiters und seines Stellvertreters ergebe sich das Vorhandensein einer eigenständigen betrieblichen Hierarchie der R. GmbH. Darüber hinaus wären dienstliche Weisungen durch Vorgesetzte der K. KG aufgrund der Verständigungsschwierigkeiten unmöglich gewesen. Die Kontrollen durch T. dienten weniger der ordnungsgemäßen Einhaltung der sorgfältigen Ausführung der Arbeiten als vielmehr dazu, daß nur Arbeitskräfte mit Beschäftigungsbewilligung auf der Baustelle beschäftigt würden. Die Einhaltung der Arbeitszeit sei von O. und seinem Stellvertreter überwacht worden. § 4 Abs. 2

Z. 4 AÜG liege nach dem vorgelegten Werkvertrag unstrittig nicht vor. Da es neben dem gegenständlichen Werkvertrag keine anderen Absprachen gebe, die den Vertrag als bloßes Scheingeschäft im Sinne des § 916 ABG erscheinen ließen, sei somit die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung durch die Beschwerdeführerin unzutreffend.

Mit Bescheid vom 2. September 1992 gab der Landeshauptmann von Wien den Einsprüchen der K. KG gegen die 26 Bescheide der Beschwerdeführerin statt und stellte fest, daß die in der Anlage des Bescheides genannten Personen (nämlich die unter 4. bis 29. genannten mitbeteiligten Parteien) zur K. KG in keinem die Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis stünden. Nach der Bescheidbegründung sei die Einspruchsbehörde aufgrund der Aktenlage, insbesondere des abgeschlossenen Werkvertrages sowie der Angaben des O., zur Überzeugung gelangt, daß im vorliegenden Fall keine sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse der ungarischen Arbeitskräfte zur K. KG anzunehmen seien, weil keine Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betriebsorganismus der K. KG habe festgestellt werden können. Die genannten Beschäftigten unterlägen vielmehr den Weisungen des Vertreters der R. GmbH, der die Arbeitseinteilungen durchführe, und würden auch von dieser Firma bezahlt. Aus den Angaben des T. gehe darüber hinaus hervor, daß er auf die Anzahl der Arbeitskräfte keinen Einfluß habe. Daß dem T. die Bauaufsicht obliege, wobei sein Hauptaugenmerk auf der termingerechten Fertigstellung der jeweiligen Bauabschnitte liege, und die Arbeit vorwiegend mit Material der K. KG durchgeführt werde, stelle nach Auffassung der Einspruchsbehörde kein so gewichtiges Faktum dar, das zwangsläufig sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse zur Folge hätte.

In der dagegen erhobenen Berufung wandte die Beschwerdeführerin ein, es stehe aufgrund des gegenständlichen Werkvertrages fest, daß dieser Vertrag nicht jene Voraussetzungen erfülle, die im § 4 Abs. 2 AÜG vorgesehen seien. Daraus folge, daß - unbeschadet der zivilrechtlichen Qualifikation des Vertrages - Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG vorliege. Dies sei in den 26 Bescheiden der Beschwerdeführerin auch dargetan worden. Ebenso sei das Bundesministerium für Arbeit- und Soziales als diesbezüglich zuständige Behörde zum Ergebnis gelangt, daß grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften nach § 16 AÜG vorliege. Demnach sei die K. KG als Beschäftiger und daher als sozialversicherungsrechtlicher Dienstgeber sui generis der überlassenen Arbeitskräfte anzusehen. Demgegenüber löse die Einspruchsbehörde die gegenständliche Rechtsfrage so, als gäbe es kein AÜG. Sie habe sich mit diesen Fragen gar nicht befaßt. Ebensowenig habe sie sich damit auseinandergesetzt, daß die K. KG gegenüber dem Arbeitsamt Bau-Holz im eigenen Namen um Beschäftigungsbewilligungen angesucht habe und in den Anträgen keinerlei Hinweise auf Überlassung von Arbeitskräften enthalten seien.

Die belangte Behörde nahm eine niederschriftliche Vernehmung des O. vor, die lautet:

"Ich war von April 1991 bis Jänner 1992 Bauleiter und ständig auf der Baustelle anwesend. Ich war von Montag bis Freitag von 06.00 Uhr in der Früh bis 17.00 oder 18.00 Uhr am Abend anwesend. Ich kann angeben, daß ich die in Anlage A aufgezählten Personen alle kenne. Herr P. war mein Stellvertreter und Vorarbeiter auf dieser Baustelle. Für diese genannten Personen hatten wir Arbeitsbewilligungen. Wir haben sonst keine Personen auf dieser Baustelle beschäftigt. WB. war der Generalauftragnehmer dieser Baustelle und hat für diese Baustelle auch eine Baustellenordnung erlassen. In dieser Baustellenordnung war ein zeitlicher Rahmen vorgegeben, an den wir uns zu halten gehabt haben. Innerhalb dieses Rahmens konnte ich die Arbeitszeit der Arbeitnehmer selbständig regeln und einteilen. Die Firma (WB.), (T.) und ich haben uns mindestens wöchentlich zu einer Besprechung zusammengesetzt, in der wir den operativen Ablauf der Arbeit besprochen haben. Es ist dies in der Baustellenbranche allgemein üblich. Eine Baustellenordnung muß auf jeder Baustelle vorhanden sein und ausgehängt sein. Die Arbeitszeit innerhalb des Rahmens der Baustellenordnung habe ich nach diesen Gesichtspunkten eingeteilt; in Ungarn besteht ein Gesetz, in dem ein Arbeitnehmer 40 Stunden pro Woche arbeiten darf, dieses Gesetz war laut Werkvertrag auch für diese Tätigkeit einzuhalten. Anweisungen von jemand anderem habe ich diesbezüglich nicht erhalten. Im Werkvertrag zwischen der (K. KG) und uns wurden bereits sämtliche wesentlichen Punkte geregelt. Die Technologie wurde ebenfalls von der (K. KG) zur Verfügung gestellt und somit war das Vertragsverhältnis geklärt. Ich habe die Arbeitszeit der Arbeitnehmer kontrolliert und habe darüber auch Stundenaufzeichnungen geführt. Diese Stundenaufzeichnungen habe ich zur ungarischen Firma geschickt. Es wäre vielleicht möglich diese Stundenaufzeichnungen anzufordern. Ich bin mir jedoch nicht sicher, ob die Firma diese Stundenaufzeichnungen auch herausgibt. Da ich bei dieser Firma nicht mehr beschäftigt bin, habe ich darauf keinen Einfluß mehr. Zur hierarchischen Stellung auf der Baustelle möchte ich noch angeben, daß die Firma (WB.) eine technologische Vorgabe gemacht hat und einen Plan für diese Baustelle erstellt hat. Die (K. KG) bearbeitete in Zusammenarbeit mit (WB.) die Detailplanung. Die (K. KG) koordinierte,

konstruierte und berechnete die Detailplanung und mußte sich dafür aber auch immer die Genehmigung der Firma (WB.) einholen und mit dieser in Zusammenarbeit sämtliches besprechen. Wenn der Plan freigegeben wird, können wir die Durchführung der Tätigkeit übernehmen. Die (K. KG) hat das Material für diese Baustelle beschafft. Es wurde für dieses Material ein Zertifikat benötigt. Es mußte Material österreichischen Standards verwendet werden. Aus diesem Grund war es auch notwendig, daß die (K. KG) das Material beschafft hat. Den Arbeitsablauf habe ich alleine überwacht. Wir waren jedoch verpflichtet, darüber der (K. KG) und (WB.) Bericht zu erstatten. Es ist dies besonders deshalb wichtig gewesen, da mehrere Firmen bei dieser Baustelle tätig waren und daher eine Koordination notwendig war. Die anderen Firmen durften bei ihrer Tätigkeit nicht behindert oder gestört werden. Den Lohn an die Arbeitnehmer habe ausschließlich ich ausbezahlt. Dies sowohl in Österreich als auch in Ungarn. Wir haben monatlich Leistungsrechnungen an die (K. KG) gestellt und dafür wurde das Geld auf unser Bankkonto in Wien überwiesen. Es war dies ein Konto der Firma (R. GmbH), auf der das Geld eingezahlt wurde. Die Kontoauszüge wurden nach Ungarn zur Zentrale geschickt, von der es auch buchhalterisch festgehalten wurde. (T.) war ebenfalls ständig an der Baustelle anwesend. Ich habe von (T.) technologische Anweisungen erhalten und bezüglich des Arbeitsschutzes. (T.) kontrollierte, ob die Arbeitsschutzbestimmungen eingehalten werden. Als technologische Anweisung hat (T.) z.B. kontrolliert, ob das Antidröhnmaterial richtig aufgespritzt wurde. (T.) hatte hauptsächlich zu kontrollieren, ob die Vereinbarungen des Werkvertrages eingehalten werden. Seine Hauptaufgabe war, daß die im § 11 des Werkvertrages festgehaltenen Aufgaben des Auftraggebers durchgeführt werden bzw. diese durchzuführen. Meine Leitungstätigkeit wurde von (T.) nicht kontrolliert. Er hatte keinerlei Einfluß auf meine Arbeitnehmer. Ich habe die im Akt befindlichen Leistungsprotokolle 1-4 selbst geschrieben und auch unterschrieben. Ich bin Diplomingenieur für Maschinenbau und Montage. Abgeschlossen habe ich mein Studium auf der TU in Budapest. Weiters habe ich einen Hochschulabschluß für Außenhandel, einen Universitätsabschluß für Ausbildung für gewerbliche Facharbeiter. Ich habe in Deutschland 9 Monate eine Managerausbildung gemacht. Es war dies eine Art Post-Graduate-Studium. Ich habe eine 23-jährige Berufserfahrung. Davon war ich Jahre auf diversen Baustellen als Leiter eingesetzt. Mein größtes Projekt war bei einem Kraftwerkbau in Syrien als Oberbauleiter von S-G-P. Ich war beim Werkvertragsabschluß mitbeteiligt und habe ihn auch mit unterschrieben. Die Tätigkeit der Baustelle erfolgte in einzelnen Schritten bzw. Abschnitten. Jeder einzelne Abschnitt mußte kontrolliert werden. Dies erfolgte durch (T.). Auch die Firma (WB.) konnte die einzelnen Abschnitte kontrollieren. Diese abschnittsweise Kontrolle war notwendig, denn wenn das Werk fertig war, konnten die Einzelabschnitte nicht mehr überprüft werden, da sie ja zugedeckt waren. Diese Kontrollen und Begehungen fanden selbstverständlich gemeinsam statt.

Herr (O.) gibt über Befragen von ... für die (K. KG) an, daß durch den Werkvertrag sämtliche Punkte geregelt worden sind, Nebenabreden haben keine stattgefunden. Die Firma (R. GmbH) ist eine Privatfirma, welche 1988 gegründet worden ist. Sie hat von staatlichen Unternehmen die Belegschaft übernommen, das heißt, es waren dies erfahrene Leute, und sie hat komplette Objekte zur Durchführung übernommen. Die Firma (R. GmbH) hat Aufträge aus Ungarn, Österreich, Deutschland, Sowjetunion, Polen, ehem. Jugoslawien und auch aus dem dritten Land übernommen."

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung der Beschwerdeführerin gegen den Einspruchsbescheid "betreffend die Versicherungspflicht der in Anlage A genannten Dienstnehmer "(das sind die unter 4. bis 29. genannten mitbeteiligte Parteien)" während der in Anlage A genannten Zeiträume "(im Gesamtzeitraum vom 29. April 1991 bis 31. Jänner 1992)" aufgrund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber (K. KG)" keine Folge und bestätigte den bekämpften Bescheid. In der Bescheidbegründung wird nach zusammenfassender Darstellung des bisherigen Verwaltungsgeschehens und nach Zitierung der angewendeten gesetzlichen Bestimmungen folgendes ausgeführt:

"Wie dem Kommentar zu § 4 AÜG (Leutner-Schwarz-Ziniel, AÜG, 1988, ÖGB Verlag) zu entnehmen ist, liegt Arbeitskräfteüberlassung grundsätzlich schon dann vor, wenn nur eines der unter Punkt 1 bis 4 des § 4 Abs. 2 AÜG angeführten Merkmale erfüllt ist. Eine Ausnahme bildet Punkt 2 des § 4 Abs. 2 AÜG: danach hat nicht jede Benützung von Material und Werkzeug des Bestellers die Einstufung als Arbeitskräfteüberlassung zur Folge, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des gegebenen Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung erhärtet.

Bezogen auf den gegenständlichen Fall ergibt sich daraus folgendes:

Aus der glaubhaften und schlüssigen Aussage von (O.) ergibt sich in Zusammenhang mit § 11 des vorgelegten Werkvertrages, sowie den vorgelegten Leistungsprotokollen und Abrechnungen, daß die ungarische (R. GmbH) in eigener Verantwortung aufgrund einer werkvertraglichen Vereinbarung mit der (K. KG) die darin festgelegten Leistungen auf einzelnen Bauabschnitten auf einer Baustelle der Firma (WB.) durchführte, mit welcher die (K. KG)

ebenfalls ein Vertragsverhältnis als Subunternehmerin hatte.

Die Werkleistungen der (R. GmbH) stellten hiebei ein dem Werkunternehmer zurechenbares von den Produkten der (K. KG) unterscheidbares Werk dar.

Die ungarischen Arbeitnehmer waren hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsablauf den Weisungen und der Aufsicht von (O.) unterworfen und daher in den Betrieb der ungarischen Werkunternehmerin (R. GmbH) eingegliedert.

Die Werkunternehmerin haftete für den Erfolg ihrer Werkleistung.

Als einziges Merkmal einer Arbeitskräfteüberlassung ist somit die Tatsache anzusehen, daß die (K. KG) das Material zur Verfügung stellte. Dazu bringt (O.) laut der am 23.3.94 aufgenommenen Niederschrift glaubhaft vor, es sei in diesem Zusammenhang darauf angekommen, in Österreich zugelassenes Material zu verwenden. Angesichts dieses Argumentes und bei der Würdigung aller Umstände vermag daher dieses Merkmal das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften nicht zu erhärten.

Dem in § 7 des Werkvertrages enthaltenen Passus, wonach die Überwachung der Ausführung und die Abnahme durch die Bauleitung des Auftraggebers während der Arbeitsdurchführung erfolgte, ist angesichts der glaubhaften o.a. Darlegung der tatsächlichen Arbeitsdurchführung durch (O.) in Zusammenhalt mit der o.a. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes keine entscheidende Bedeutung beizumessen, dies insbesondere angesichts der nachvollziehbaren Darlegung durch (O.), wonach (T.) die Arbeiten der (R. GmbH) tatsächlich in einer Art überwachte und abnahm, die sich in dem für Werkverträge üblichen Rahmen hielt.

Dem Argument der (Beschwerdeführerin), die (K. KG) habe im eigenen Namen beim Arbeitsamt Bau-Holz für die ungarischen Arbeitnehmer um Beschäftigungsbewilligungen angesucht, ist schließlich entgegen zu halten, daß aus dieser Tatsache nicht zwingend auf das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung geschlossen werden kann.

Aufgrund der gesamten Ermittlungsergebnisse sind daher die in Anlage A genannten Arbeitnehmer nicht als im Rahmen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung beschäftigt, sondern als im Rahmen einer Entsendung beschäftigte Arbeitnehmer anzusehen.

Diese Form der Entsendung begründet nicht die Dienstgebereigenschaft der (K. KG) nach § 35 ASVG".

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, nach der sich die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Feststellung verletzt erachtet, daß die in der Anlage des Bescheides angeführten Dienstnehmer in den dort genannten Zeiträumen der Vollversicherungspflicht gemäß § 4 Z. 1 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AlVG als Dienstnehmer des Dienstgebers K. KG unterlegen seien.

In Ausführung dieses Beschwerdepunktes wendet die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit des Inhaltes ein, es sei zunächst darauf hinzuweisen, daß das Bundesministerium für Arbeit und Soziales selbst mit Schreiben vom 5. Juli 1991 mitgeteilt habe, daß im Hinblick auf die in § 11 des Werkvertrages vorgesehene Beistellung der Werkstattausstattung und sämtlicher Montage- und Hilfsmaterialien gemäß § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG Arbeitskräfteüberlassung vorliege. Der Auffassung, es sei als einziges Merkmal der Arbeitskräfteüberlassung (im Sinne des § 4 Abs. 2 AÜG) nur die Tatsache anzusehen, daß die K. KG das Material zur Verfügung gestellt habe, sei folgendes entgegenzuhalten: Im Hinblick auf die §§ 6, 7 und 11 des vorliegenden Werkvertrages und die Aussagen des T. stehe fest, daß nach den tatsächlichen Verhältnissen die Arbeitnehmer der ungarischen Firma sehr wohl organisatorisch in den Betrieb der K. KG eingegliedert gewesen und deren Dienst- und Fachaufsicht unterstanden seien. Ebenso sei die Arbeit vorwiegend mit Material und Werkzeug der K. KG geleistet worden. Über den ungarischen Vertreter der R. GmbH habe T. umfangreiche Weisungsrechte bezüglich der Arbeiten gehabt; dies ergebe sich schon aus der Tatsache, daß die K. KG als Generalunternehmer die gesamte Bauaufsicht gehabt habe. Aus den Aussagen des O. könne keine gegenteilige Schlußfolgerung gezogen werden. Nur der Umstand, daß die ungarischen Arbeiter der deutschen Sprache nicht mächtig gewesen seien, habe seine Tätigkeit auf der Baustelle erzwungen.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften wird eingewendet, die belangte Behörde hätte schon aus dem Firmenittel der K. KG und dem Vertragsgegenstand des gegenständlichen Werkvertrages erkennen müssen, daß im Sinne des § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG der Produktbereich der K. KG und der R. GmbH deckungsgleich seien. Wäre der belangten Behörde diese Aktenwidrigkeit nicht unterlaufen, so hätte sie nicht zum unrichtigen Ergebnis kommen können, daß die Voraussetzung des § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG nicht erfüllt worden sei. Da die belangte Behörde keine Feststellungen darüber getroffen habe, worin die Tätigkeit der K. KG (auf der gegenständlichen

Baustelle) tatsächlich bestanden habe, habe sie auch keine den Tatsachen entsprechenden Feststellungen hinsichtlich der Frage der organisatorischen Eingliederung der ungarischen Dienstnehmer in den Betrieb der K. KG treffen können. Auch habe sich die belangte Behörde nicht mit der Frage auseinandergesetzt, daß mit der Verantwortlichkeit des T. für die Bauüberwachung und Bauaufsicht auch eine Weisungsbefugnis an die Mitarbeiter der R. GmbH gegeben gewesen sei. Die vertraglichen Bestimmungen, nach denen die K. KG die Ausführung der bedungenen Arbeit zu überwachen gehabt, auch die Bauleitung gestellt und derartig umfangreiche Leistungen zur Verfügung gestellt habe, daß die R. GmbH ohne diese überhaupt nicht tätig werden können, ließen klar erkennen, daß die R. GmbH von der Organisation her in die K. KG eingebunden gewesen sei. Die belangte Behörde habe es aber unterlassen zu begründen, aus welchen Erwägungen sie den vertraglichen Regelungen keine adäquate Bedeutung beigemessen habe. Auch dies sei ein offensichtlicher Begründungsmangel. Ohne die genannten Verfahrensmängel wäre die belangte Behörde aber zu dem Ergebnis gekommen, daß der K. KG hinsichtlich der 26 Dienstnehmer die Dienstgebereigenschaft zugekommen sei.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm aber ebenso wie die mitbeteiligten Parteien (mit Ausnahme der K. KG) von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand. Die K. KG beantragte in ihrer Gegenschrift die Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 1 ASVG regelt dieses Bundesgesetz die "Allgemeine Sozialversicherung im Inland beschäftigter Personen ...".

Nach § 3 Abs. 3 zweiter Satz leg. cit. gelten die Dienstnehmer eines ausländischen Betriebes, der - so wie unstrittig die R. GmbH - im Inland keine Betriebsstätte (Niederlassung, Geschäftsstelle, Niederlage) unterhält, nur dann als im Inland beschäftigt, wenn sie ihre Beschäftigung (Tätigkeit) von einem im Inland gelegenen Wohnsitz ausüben und sie nicht aufgrund dieser Beschäftigung einem System der sozialen Sicherheit im Ausland unterliegen. Da die mitbeteiligten ungarischen Arbeitskräfte der R. GmbH im jeweils in Betracht kommenden Zeitraum aufgrund ihrer Beschäftigung in Österreich einem System der sozialen Sicherheit in Ungarn unterlagen, kommt im Beschwerdefall § 3 Abs. 3 zweiter Satz ASVG nicht zur Anwendung.

Nach § 3 Abs. 3 letzter Satz ASVG gelten als im Inland beschäftigt jedoch auch Personen, die gemäß § 16 AÜG bei einem inländischen Betrieb beschäftigt werden. Gemäß § 35 Abs. 2 letzter Satz ASVG gilt bei den im § 3 Abs. 3 letzter Satz genannten Personen der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG als Dienstgeber.

Der mit "Grenzüberschreitende Überlassung" überschriebene § 16 AÜG regelt in seinen Absätzen 1 und 2 die Zulässigkeit der Überlassung von Arbeitskräften von Österreich in das Ausland und in seinen Absätzen 3 bis 7 die Zulässigkeit der Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich.

Sowohl entsprechend dem im § 2 umschriebenen Zweck dieses Gesetzes ("Schutz der überlassenen Arbeitskräfte, insbesondere in .... sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten" und "die Regelung der Arbeitskräfteüberlassung zur Vermeidung arbeitsmarktpolitisch nachteiliger Entwicklungen") als auch entsprechend jenem des ex lege-Eintrittes der Pflichtversicherung nach dem ASVG, d.h. des Eintrittes der Versicherung bei Vorliegen der Voraussetzungen unabhängig von Meldungen der Beteiligten (Schaffung der Voraussetzungen für sozialversicherungsrechtliche Leistungen grundsätzlich unabhängig von einem Zutun der Beteiligten) sind unter den "gemäß § 16 AÜG bei einem inländischen Betrieb beschäftigten Personen" im Sinne des § 3 Abs. 3 letzter Satz ASVG nicht nur die (zufolge der Erteilung der erforderlichen Bewilligung) zulässigerweise beschäftigten Personen zu verstehen. Denn ihre (nach § 3 Abs. 3 letzter Satz - anders als nach § 3 Abs. 3 zweiter Satz ASVG - unabhängig davon, ob sie aufgrund dieser Beschäftigung einem System der sozialen Sicherheit im Ausland unterliegen, vorausgesetzte) Schutzbedürftigkeit hängt nicht von der erteilten Bewilligung, sondern von der Art ihrer Beschäftigung ab.

Die mitbeteiligten ungarischen Arbeitskräfte gälten daher - unter der Voraussetzung, daß sie in dem jeweils relevanten Zeitraum aufgrund einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung bei der K. KG als Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG beschäftigt wurden - trotz der dann erforderlichen, aber nicht erteilten Bewilligung nach § 16 Abs. 4 AÜG im Sinne des § 3 Abs. 3 letzter Satz ASVG als im Inland beschäftigt und unterliegen dann, da ihre Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG unstrittig ist (vgl. zu dieser Voraussetzung das Erkenntnis vom

20. April 1993, Zl. 91/08/0180), als bei der K. KG als Dienstgeber im Sinne des § 35 Abs. 2 letzter Satz ASVG an deren Standort (§ 5 Abs. 2 Z. 2 AÜG) beschäftigte Personen der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs. 1 Z. 1 ASVG und der Arbeitslosenversicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 lit. a AIVG.

Für die Beurteilung der Frage, ob im Beschwerdefall eine grenzüberschreitende Überlassung der mitbeteiligten ungarischen Arbeitskräfte durch die R. GmbH als Überlasser an die K. KG als Beschäftiger vorlag, ist nicht der von der Beschwerdeführerin in der Rechtsrügen einleitend hervorgehobene Umstand maßgebend, daß das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit Schreiben vom 5. Juli 1991 diese Auffassung vertreten hat; dafür ist vielmehr ausschließlich entscheidend, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 3 und 4 AÜG vorlagen. Diese Bestimmungen lauten:

#### "Begriffsbestimmungen

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

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

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

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

#### Beurteilungsmaßstab

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

(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1.

kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2.

die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3.

organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4.

der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet."

Die von der K. KG im Verwaltungsverfahren vertretene und in der Gegenschrift aufrecht erhaltene Auffassung, es gäbe im Falle der Erbringung von Arbeitsleistungen im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung eines Werkvertrages zwischen dem Werkunternehmer und dem Werkbesteller durch Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers nur die Alternative zwischen zivilrechtlich gültigem Werkvertrag und (bei zivilrechtlich ungültigem Werkvertrag) Arbeitskräfteüberlassung, entspricht weder dem Wortlaut dieser Bestimmungen noch dem aus ihnen ableitbaren Regelungszweck noch schließlich (zumindest im Ergebnis) den Erläuterungen der Regierungsvorlage zum AÜG (450 BlgNR XVII. GP):

Zunächst dient der Beurteilungsmaßstab des § 4 AÜG nach dem insofern eindeutigen Wortlaut nicht einer solchen Abgrenzung, sondern stellt - im Gegenteil - klar, daß selbst für den Fall des Vorliegens eines gültigen Werkvertrages zwischen Entsender und Beschäftiger dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann, und zwar dann, wenn es den Vertragspartnern nach der atypischen Gestaltung des Vertragsinhaltes erkennbar gerade auf die Zuverfügungstellung von dessen Arbeitskräften ankommt. Wann dies (jedenfalls) der Fall ist, legt § 4 Abs. 2 AÜG typisierend (nach der Art unwiderleglicher Vermutungen) fest. Bei Erfüllung eines dieser Tatbestandsmerkmale (und zwar jedes einzelnen: arg. "oder") liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3

Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vor. Ist in den im zweiten Halbsatz des § 4 Abs. 2 AÜG genannten Fällen keines der Tatbestandsmerkmale der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, sind aber dennoch einige der in diesen vier Ziffern genannten oder ihnen gleichwertige Tatbestandsmomente gegeben, so schließt dies (arg. "insbesondere") nicht das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus; sie hängt dann aber - entsprechend dem § 4 Abs. 1 AÜG - von einer jeweils im Einzelfall vorzunehmenden Beurteilung ab, ob dem wirtschaftlichen Gehalt nach dennoch die Überlassung von Arbeitskräften im Vordergrund steht.

Auch die schon genannten Erläuterungen der Regierungsvorlage (diesfalls auf Seite 17) stützen letztlich nicht die Auffassung der K. KG:

Die Erläuterungen sprechen zwar eingangs davon, daß § 4 "eine Orientierungshilfe zur Verhinderung von Umgehungen bieten" und den Abschluß von Werkverträgen, die "mißbräuchlich zur Umgehung der Ziele der vorgesehenen Regelung" abgeschlossen werden, erschweren oder verhindern soll, und führen dann zu Abs. 2 aus, daß sich diese Bestimmung "speziell mit dem Werkvertrag (befaßt), der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet". Im Anschluß daran heißt es aber:

"Sofern ein für den Werkvertrag typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z. 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z. 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muß zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffender Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisenden Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Erfahrung Rechnung zu tragen, daß häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet."

Das bedeutet, daß auch die Erläuterungen eindeutig davon ausgehen, daß schon dann, wenn auch nur eines der Tatbestandsmerkmale der Z. 1 bis 4 des § 4 Abs. 2 AÜG gegeben ist, Arbeitskräfteüberlassung anzunehmen ist. Ob die Ausführungen im übrigen so zu verstehen sind, daß nach ihnen auch eine Arbeitskräfteüberlassung aufgrund eines civilrechtlich gültigen Werkvertrages möglich erscheint, und ob diese Auffassung aus civilrechtlicher Sicht zutreffend ist, kann ebenso wie die Darlegung zum Zweck des § 4 AÜG auf sich beruhen, weil es darauf, wie ausgeführt, nach dem Gesetztext nicht ankommt.

Im § 4 Abs. 2 AÜG findet sich kein Anhaltspunkt dafür, daß, wie die belangte Behörde meint, die Z. 2 dieser Bestimmung eine Ausnahme davon bilde, daß Arbeitskräfteüberlassung grundsätzlich schon dann vorliege, wenn nur eines der "unter Punkt 1 bis 4 des § 4 Abs. 2 angeführten Merkmale erfüllt" sei. Die belangte Behörde stützt sich diesbezüglich auch zu Unrecht auf die zitierten Autoren, die ihrerseits lediglich die genannten Erläuterungen (S. 17) zitieren, in denen es diesbezüglich heißt:

"Aber nicht jede Benutzung von Geräten soll die Einstufung als Überlassung zur Folge haben, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften erhärtet. Eine ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers, die in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen oft unvermeidlich ist, wird zugestanden."

Dem ist beizupflichten. Denn nach § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG genügt weder eine "Benutzung von Geräten" allein noch eine bloße "ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers"; erforderlich ist vielmehr für die Annahme der Arbeitskräfteüberlassung unter der im zweiten Halbsatz des § 4 Abs. 2 genannten Voraussetzung, daß "die Arbeit nicht vorwiegend mit Material UND Werkzeug des Werkunternehmers" geleistet wird. Ob die bloße "Benutzung von Geräten" oder die "ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers" "die Einstufung als Überlassung zur Folge haben", hängt in der Tat - unter dem Gesichtspunkt des § 4 Abs. 1 AÜG - von der "Würdigung aller Umstände des gegebenen Falles" ab. Sind hingegen die Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG gegeben, so ist eine Arbeitskräfteüberlassung ohne eine solche Würdigung unwiderleglich anzunehmen. Dagegen bestehen auch keine sachlichen Bedenken, weil in einem Fall, in denen Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers für dessen betriebseigene Aufgaben, wenn auch in Erfüllung eines Werkvertrages zwischen dem Werkbesteller und dem Werkunternehmer, "nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten" (wobei es hinsichtlich des Überwiegens nicht auf numerische Kategorien, sondern auf die Bedeutung des

Materials bzw. Werkzeugs für das zu erbringende Werk ankommt), in aller Regel dem wirtschaftlichen Gehalt nach die Überlassung der Arbeitskräfte im Vordergrund stehen wird. Der Verwaltungsgerichtshof teilt die insoweit zurückhaltenderen Auffassungen von Geppert (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 59), Grillberger (Neuerungen durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, WBl. 1988, 314) und Kerschner (Rohrverlegung in "Subauftrag", DRdA 1989, 136) nicht. Den genannten Autoren ist allerdings zuzugeben, daß - ungeachtet der Verknüpfung der 4 Tatbestände des § 4 Abs. 2 AÜG mit "oder" - in der Praxis jene Fälle selten sein werden, in denen nicht ohnehin zwei oder drei dieser Merkmale vorliegen. Das von Grillberger genannte Beispiel der Renovierung eines Betriebsgebäudes auf Grund eines Werkvertrages kann schon nicht als eine Arbeitsleistung "im Betrieb" (dh in Verfolgung der betriebstypischen Erwerbszwecke) des Werkbestellers im Sinne des Einleitungssatzes des § 4 Abs. 2 AÜG - angesehen werden und widerspricht daher nicht der nach dem Gesetzeswortlaut in Übereinstimmung mit den Materialien zwingend gebotenen Auslegung.

Obwohl die belangte Behörde demgemäß in ihren allgemeinen rechtlichen Ausführungen § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG zu Unrecht als Ausnahme vom genannten allgemeinen Grundsatz ansieht, ist dennoch der angefochtene Bescheid nicht mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet, weil die belangte Behörde bei der konkreten rechtlichen Bewertung nur von der Tatsache ausgeht, daß die K. KG das Material zur Verfügung gestellt habe. Dadurch ist aber nach den obigen Darlegungen noch nicht das Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG erfüllt.

Ob die belangte Behörde aber im übrigen, wie offensichtlich die Beschwerdeführerin meint, von einer unrichtigen Interpretation des § 4 Abs. 1 oder Abs. 2 Z. 1 und 3 AÜG (Z. 4 scheidet im Beschwerdefall unstrittig aus) ausgegangen ist, kann mangels ausreichender Sachverhaltsfeststellungen nicht abschließend beurteilt werden:

Für die Tatbestandsmäßigkeit des § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG reicht es jedenfalls - entgegen der diesbezüglich von der Beschwerdeführerin in ihrer Verfahrensrüge vertretenen Auffassung - nicht aus, "daß der Produktbereich der (K. KG) und der (R. GmbH) deckungsgleich sind"; es kommt vielmehr darauf an, ob das konkrete Werk dem Werkunternehmer oder dem Werkbesteller zuzurechnen ist. Das Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG ist - ausgehend von den Feststellungen der belangten Behörde, die ungarischen Arbeitnehmer seien hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsablauf nur den Weisungen und der Aufsicht des O. unterworfen gewesen - schon wegen des fehlenden Tatbestandsmoments, daß die Arbeitskräfte der Dienstaufsicht des Werkbestellers unterstehen müssen, nicht gegeben. Zur Beurteilung der Frage aber, ob zumindest im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach einer Arbeitskräfteüberlassung vorlag, reichen die getroffenen Feststellungen nicht aus. Keine inhaltliche Rechtswidrigkeit (die die Beschwerdeführerin auch nicht mehr als solche reklamiert) begründen schließlich die Darlegungen der belangten Behörde zum Ansuchen der K. KG um die Beschäftigungsbewilligungen für die ungarischen Arbeitskräfte (vgl. dazu u.a. das Erkenntnis vom 19. Jänner 1995, Zl. 94/09/0275).

Der angefochtene Bescheid ist aber, worauf schon bei Behandlung der Rechtsrüge hingewiesen wurde, aus nachstehenden Gründen mit relevanten Verfahrensmängeln behaftet:

1. Die belangte Behörde hätte nicht nur Feststellungen über die Zurverfügungstellung von Material durch die K. KG, sondern - angesichts des § 11 des Werkvertrages und des diesbezüglichen Vorbringens der Parteien des Verwaltungsverfahrens - auch darüber treffen müssen,

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)