

# TE Vwgh Erkenntnis 1992/12/22 92/04/0200

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.12.1992

## **Index**

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
50/01 Gewerbeordnung;

## **Norm**

AVG §58 Abs2;  
AVG §60;  
GewO 1973 §323a idF 1988/399;  
VwGG §41 Abs1;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Salcher und die Hofräte Dr. Griesmacher und Dr. Gruber als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde des L in W, vertreten durch Dr. J, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 3. August 1992, Zl. VwSen-250052/30/Gf/Hm, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

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

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.690,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem nach Aufhebung des Bescheides des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 7. Jänner 1992 durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. Juni 1992, Zl. 92/04/0055, - auf dessen Darlegungen zu den Vorgängen des Verwaltungsstrafverfahrens verwiesen wird - ergangenen Ersatzbescheid vom 3. August 1992 sprach der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich vom 3. August 1992 über die Berufung des Beschwerdeführers gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 21. August 1991 wie folgt ab:

"I. Die Berufung wird abgewiesen.

Der Beschwerdeführer ist daher schuldig, als Überlasser der Firma X Baueisen- und Stahlbearbeitungsgesellschaft m.b.H. in H, I-Straße 25, als Beschäftiger in der Zeit vom 22. Jänner 1991 bis 25. Jänner 1991 fünf seiner Angestellten,

nämlich Herrn Y, Herrn E, Herrn I, Herrn V und Herrn N, dadurch überlassen zu haben, daß er ihr in diesem Zeitraum deren Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung beim Bauvorhaben "A" in B, zur Durchführung von Eisenverlegearbeiten zur Verfügung stellte, daß diese der Dienst- und Fachaufsicht der Beschäftigerin unterstanden, letztere allein für den Erfolg ihrer Leistung dem Werkbesteller "A" haftete, und kein dem Unternehmen des Überlassers zurechenbares Werk hergestellt wurde, ohne im Besitz der hiefür gemäß § 323a Gewerbeordnung, BGBl. Nr. 50/1974, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 686/1991 (im folgenden: GewO), erforderlichen Konzession zu sein; er hat hiervon die Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO begangen und wird hiefür mit einer Geldstrafe von 20.000 S bestraft. Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird eine Ersatzfreiheitsstrafe von 134 Stunden verhängt."

Zur Begründung wurde - nach einleitenden inhaltlich gleichen Darlegungen wie im vorangeführten aufgehobenen Bescheid - nach vorhergehender Anführung der vernommenen Zeugen neuerlich dargelegt, vom Beschwerdeführer werde zwar zugestanden, seine Arbeitskräfte zum fraglichen Zeitpunkt zum Zweck der Erfüllung eines Werkvertrages eingesetzt zu haben, er behauptet, er habe jedoch hiebei selbst als Werkunternehmer gehandelt und nicht seine Arbeitskräfte einem anderen Werkunternehmer, also einem "Dritten" i.S.d. § 3 Abs. 1 AÜG zur Erfüllung von dessen allenfalls auch mit demselben Werkbesteller bestehenden Werkvertrag überlassen. Da er auf eigene Rechnung gehandelt habe, liege somit schon begrifflich keine Arbeitskräfteüberlassung vor, weshalb auch seine Strafbarkeit nicht gegeben sei. Entscheidende Bedeutung komme daher der Frage zu, ob im vorliegenden Fall entweder - was die belangte Behörde zu beweisen gehabt habe - der Beschwerdeführer seine Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an einen anderen Werkunternehmer vertraglich verpflichtet, oder - was vom Beschwerdeführer zu beweisen gewesen wäre - ob dieser selbst als Werkunternehmer fungiert und daher seine Arbeitskräfte in Erfüllung seines eigenen Werkvertrages eingesetzt habe. Es sei daher zu klären gewesen, ob der Beschwerdeführer unmittelbar mit dem Werkbesteller oder nur mittelbar mit diesem - nämlich im Wege der Arbeitskräfteüberlassung an einen anderen Werkunternehmer - in einer vertraglichen Beziehung gestanden sei, wobei es zur Beurteilung dieser Frage gemäß § 4 Abs. 1 AÜG auf den wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die äußere Erscheinungsform ankomme. Hiezu habe das Beweisverfahren folgendes ergeben: Wie der Beschwerdeführer bei seiner Einvernahme selbst einbekannt habe, sei er im gegenständlichen Fall (ob dies in anderen Fällen anders gewesen sei, sei hier nicht zu beurteilen) in keiner unmittelbaren vertraglichen Beziehung zum Werkbesteller (nämlich zur A), sondern nur in einer solchen zum Werkunternehmer (nämlich zur Firma X) gestanden. Wie sich aus den insoweit übereinstimmenden Zeugenaussagen ergebe, seien die Arbeitskräfte des Beschwerdeführers aus der Sicht des Werkbestellers vollständig der Dienst- und Fachaufsicht des Werkunternehmers unterstanden, was sich insbesondere daran zeige, daß diese Arbeitskräfte ihre Tätigkeit strikt nach den Plänen des Werkunternehmers durchzuführen gehabt hätten und auch - nur - diesem für den Erfolg ihrer Leistung gehaftet hätten. Daß hingegen auch ein dem Unternehmen des Beschwerdeführers zurechenbares Werk hergestellt worden sei, habe nicht erwiesen werden können, insbesondere auch nicht durch die Bestellung des dritten Zeugen zum "Partieführer", weil diese Funktion nur für das Verhältnis der Arbeitskräfte des Unternehmens des Beschwerdeführers untereinander, nicht jedoch auch gegenüber dem Werkunternehmer, als dessen Arbeitnehmer vielmehr der zweite Zeuge die oberste Leitungsfunktion ausgeübt habe, von Belang gewesen sei. Der Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 4 AÜG sei daher als erwiesen anzusehen. Der Beschwerdeführer bringe weiters vor, daß selbst dann, wenn der vorliegende Sachverhalt als Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren wäre, ihn auf Grund der Ausnahmebestimmung des § 323a Abs. 2 Z. 1 GewO 1973 keine Konzessionspflicht treffe, weil er die gleiche Erwerbstätigkeit wie der Werkunternehmer ausübe, die Überlassung lediglich vorübergehender Natur gewesen sei, nämlich nur vier Tage gedauert habe, und im übrigen der prinzipielle Charakter seines Betriebes dadurch nicht beeinträchtigt worden wäre. Hiezu habe das Beweisverfahren folgendes ergeben: Der Beschwerdeführer sowie der von ihm namhaft gemachte dritte Zeuge hätten übereinstimmend ausgeführt, daß sich die vom Unternehmen des Beschwerdeführers ausgeübte Tätigkeit in der Regel darauf beschränkt habe, im Auftrag eines Werkunternehmers für diesen Eisenbiege- bzw. Eisenverlegearbeiten nach dessen Anweisungen und Plänen durchzuführen, wobei auch das Material vom Werkunternehmer zur Verfügung gestellt werde. Die Unternehmensleistung habe also schon grundsätzlich nur darin bestanden, einem Werkunternehmer bei der Ausführung des bestellten Werkes derart behilflich zu sein, daß diesem die Arbeitskraft der eigenen Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werde. Sei es demnach aber offensichtlich schon das prinzipielle Unternehmensziel des Beschwerdeführers und damit der Charakter seines Betriebes, seine Arbeitskräfte einem Werkunternehmer zu überlassen, so könne hier folglich auch die Ausnahmebestimmung des § 323a Abs. 2 GewO 1973, die denknotwendig einen anderen Charakter des Betriebes als jenen der Arbeitskräfteüberlassung zur Voraussetzung habe, nicht zum

Tragen kommen. Aus allen diesen Gründen sei daher von der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung des Beschwerdeführers auszugehen gewesen. Da es sich bei der Übertretung des § 366 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. § 322a GewO 1973 um ein Ungehorsamsdelikt handle, sei das Vorliegen von Fahrlässigkeit gemäß § 5 VStG ohne weiteres deshalb anzunehmen, weil der Beschwerdeführer nicht habe glaubhaft zu machen vermocht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Insbesondere vermöge ein Rechtsirrtum über die Strafbarkeit der Tat bloß ein vorsätzliches Handeln, nicht aber eine diesbezügliche Fahrlässigkeit auszuschließen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Seinem gesamten Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht verletzt, nicht wegen der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung bestraft zu werden. Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften u.a. vor, gemäß § 31 Abs. 1 VStG sei die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen der Verjährungsfrist von der Behörde keine Verfolgungshandlung vorgenommen worden sei. In der Aufforderung zur Rechtfertigung der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 15. Juli 1991 sei ihm lediglich zur Last gelegt worden, in der Zeit vom 22. Jänner 1991 bis 25. Jänner 1991 fünf namentlich angeführte Arbeitnehmer an die Firma X, Baueisen- und Stahlbearbeitungsgesellschaft m.b.H. in H, als Eisenverleger überlassen zu haben. In dem Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 21. August 1991 habe sich im Spruch der identische Vorwurf befunden. Mit Berufungserkenntnis der belangten Behörde vom 7. Jänner 1992 sei er schuldig erkannt worden, der Firma X, Baueisen- und Stahlbearbeitungsgesellschaft m.b.H. in der Zeit vom 22. Jänner 1991 bis 25. Jänner 1991 fünf seiner namentlich angeführten Arbeitskräfte überlassen zu haben. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid sei dessen Spruch in der - bereits dargestellten - Weise verändert worden. Unter Berücksichtigung dessen, daß die Verfolgungshandlung nur dann die Verjährung unterbreche, wenn sie sich auf alle einer späteren Bestrafung zugrundeliegenden Sachverhaltselemente beziehe, hätte daher die belangte Behörde die Aufnahme neuer Sachverhaltselemente in den angefochtenen Bescheid nicht vornehmen dürfen. Richtigerweise hätte die belangte Behörde davon ausgehen müssen, daß infolge Verjährung gemäß § 31 Abs. 1 VStG von einer Fortführung des gegen ihn eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahrens abzusehen sei. Weiters sei von der belangten Behörde unrichtigerweise der Tatbestand der Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des § 4 AÜG als erwiesen angenommen worden. Er habe nämlich im Zuge des bisher durchgeführten Verwaltungsstrafverfahrens mehrfach darauf hingewiesen, daß er im Rahmen seines Geschäftsbetriebes von der Firma X am 22. Jänner 1991 für seine Firma den Auftrag erhalten habe, auf der Baustelle A in B Baueisen zu verlegen. Dieser Auftrag sei in weiterer Folge ausgeführt worden. Es sei zwar richtig, daß er in keiner unmittelbaren Vertragsbeziehung zu der A gestanden sei, sondern daß er einen Werkvertrag lediglich mit der Firma X abgeschlossen habe. Eine unmittelbare Vertragsbeziehung zur A sei aber nicht notwendig gewesen, da er am gegenständlichen Bauvorhaben als Subunternehmer der Firma X tätig geworden sei. Im Sinne dieses Auftrages sei in weiterer Folge von seinen Arbeitnehmern ein abgegrenzter und eigener Bauabschnitt bearbeitet worden. Seine Arbeitnehmer seien auch nicht der Dienst- und Fachaufsicht der Firma X unterstanden. Die Ausführungen der belangten Behörde, dies würde sich insbesondere daran zeigen, daß seine Arbeitnehmer ihre Tätigkeit strikt nach den Plänen der Firma X durchzuführen gehabt hätten, seien unrichtig. Die belangte Behörde übersehe dabei, daß es sich bei diesem Plan nicht um einen solchen der Firma X gehandelt habe, sondern es sei dieser Plan von einem Baumeister, und somit wiederum von einem anderen Unternehmen, für das gesamte Gebäude erstellt worden. Auf Grundlage dieses Planes würden sämtliche Arbeiten, wie eben die Eisenverlegearbeiten, von den jeweiligen Professionisten durchgeführt. Hingewiesen werde in diesem Zusammenhang darauf, daß die belangte Behörde selbst feststelle, daß er der Firma X für den Erfolg der von ihm zu erbringenden Leistungen gehaftet habe. Schließlich habe die Einvernahme des Zeugen Ziegler anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 7. Jänner 1992 sehr wohl ergeben, daß durch den gegenständlichen Auftrag auch ein seinem Unternehmen zurechenbares Werk hergestellt worden sei. Denn dieser Zeuge gebe an, daß von seinen Arbeitnehmern eigene Verlegeeinsätze durchgeführt worden seien. Weiters werde im Zusammenhang mit dieser Zeugenaussage darauf verwiesen, daß seine Arbeitnehmer ihre Pausen und den Beginn und das Ende der Arbeitszeit selbst hätten bestimmen können, daß sie mit dem eigenen Werkzeug gearbeitet hätten und daß für den Fall, daß allenfalls mangelhafte Arbeiten erbracht worden wären, diese Mängel von

seinem Unternehmen zu beheben gewesen wären. Es sei demnach davon auszugehen, daß er mangels Vorliegens der Voraussetzungen nach § 4 Abs. 2 AÜG keineswegs Arbeitskräfte an die Firma X überlassen habe. Schließlich habe die belangte Behörde auch zu Unrecht seinen Einwand, daß jedenfalls die Ausnahmebestimmung des § 323a Abs. 2 Z. 1 GewO 1973 zur Anwendung käme, verworfen. Denn selbst dann, wenn der gegenständliche Auftrag als Arbeitskräfteüberlassung zu qualifizieren wäre, treffe ihn nach der genannten Gesetzesstelle keine Konzessionspflicht. Das durchgeführte Verfahren habe gezeigt, daß sämtliche Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle gegenständlich vorlägen. Denn daß die Firma X die gleiche Erwerbstätigkeit wie sein Unternehmen ausübe, sei als unstrittig anzusehen. Allein die Firmenbezeichnung, Baueisen- und Stahlbearbeitungsgesellschaft m.b.H., zeige mit hinreichender Deutlichkeit, daß die gleiche Erwerbstätigkeit gegeben sei. Im übrigen habe die Firma X unbestritten an der gegenständlichen Baustelle Baueisen verlegt. Auch sämtliche weiteren Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle seien gegenständlich gegeben.

Was zunächst das Vorbringen in der Beschwerde im Zusammenhang mit § 31 VStG betrifft, so haben diese Ausführungen verfahrensrelevant begrifflich den Vorwurf zur Voraussetzung, die belangte Behörde habe zufolge der im angefochtenen Bescheid vorgenommenen Spruchneufassung nicht in der durch das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 21. August 1991 gemäß § 66 Abs. 4 AVG (§ 24 VStG) bestimmten "Sache" des beschwerdegegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens erkannt.

Dieser Rechtsmeinung des Beschwerdeführers vermag sich der Verwaltungsgerichtshof nicht anzuschließen. Gemäß § 66 Abs. 4 AVG (§ 24 VStG) ist die Berufungsbehörde berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung (§ 60) ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid - im Rahmen ihrer nach den vorstehenden Darlegungen gegebenen "Sachentscheidungsbefugnis" - abzuändern. Ausgehend davon ergeben sich aber weder aus dem Beschwerdevorbringen selbst, noch auch im Hinblick auf die in der Beschwerde bezogene Aktenlage Anhaltspunkte dafür, daß die belangte Behörde durch die - auf Grund des aufhebenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. Juni 1992, Zl. 92/04/0055, - modifizierte Spruchfassung ihre "Sachentscheidungsbefugnis" überschritten hätte.

Der Beschwerde kommt aber aus folgenden Erwägungen Berechtigung zu:

Gemäß § 323a Abs. 1 GewO 1973 unterliegt der Konzessionspflicht die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte (Überlassung von Arbeitskräften). Nach Abs. 2 Z. 1 unterliegt der Kozessionspflicht nicht die vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften an Beschäftiger, welche die gleiche Erwerbstätigkeit wie der Überlasser ausüben, unter der Voraussetzung, daß der Charakter des Betriebes des Überlassers gewahrt bleibt, bis zur Höchstdauer von sechs Monaten im Kalenderjahr, wobei auch die Zeiten nacheinander folgender Überlassungen verschiedener Arbeitskräfte zusammenzählen sind.

Gemäß § 60 AVG (§ 24 VStG) sind in der Begründung des Straferkenntnisses die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen.

Im Beschwerdefall gelangte die belangte Behörde zur Annahme, daß der Beschwerdeführer durch seine Handlungsweise die Tatbestandsvoraussetzungen der Überlassung von Arbeitskräften im Sinne des § 323a erfüllt habe, nicht hingegen die des Ausnahmetatbestandes von der Konzessionspflicht nach Abs. 2 Z. 1 dieser Gesetzesstelle. Sie bezog sich hiebei sachverhaltsmäßig jeweils resümierend auf Angaben des Beschwerdeführers bzw. von Zeugen, ohne aber ungeachtet der von ihr selbst dargelegten gegenteiligen Standpunkte des Beschwerdeführers auf derartige Angaben bzw. Zeugenaussagen bezogene konkretisierte, einer Schlüssigkeitsprüfung der für ihre Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen zugängliche Ausführungen im angefochtenen Bescheid zu bringen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch darauf hinzuweisen, daß eine mangelhafte Bescheidbegründung durch Ausführungen in der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstatteten Gegenschrift nicht ersetzt werden kann.

Da die belangte Behörde dies verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Dieser war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich im Rahmen der geltend gemachten Kostenansätze auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhalt mit der Verordnung BGBI. Nr. 104/1991.

## **Schlagworte**

Begründungspflicht und Verfahren vor dem VwGH Begründungsmangel als wesentlicher Verfahrensmangel  
Sachverhalt Beweiswürdigung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1992:1992040200.X00

**Im RIS seit**

22.12.1992

**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)