

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

10.12.2009

Geschäftszahl

2008/09/0044

Beachte**Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

2008/09/0043 E 16. September 2010

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des Bundesministers für Finanzen gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 7. Jänner 2008, Zl. Senat-BN-07-0003, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach dem AuslBG (mitbeteiligte Partei: P S in B, vertreten durch Partnerschaft Schuppich Sporn & Winischhofer, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Falkestraße 6; weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

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

Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft B vom 20. Dezember 2006 wurde der Mitbeteiligte schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer einer näher bezeichneten Gesellschaft zu verantworten, dass diese Gesellschaft in näher umschriebenen Zeiträumen zwischen dem 28. Juni 2005 und 20. Oktober 2005 vier namentlich bezeichnete polnische Staatsangehörige und einen bulgarischen Staatsangehörigen entgegen § 3 AuslBG ohne Vorliegen entsprechender arbeitsmarktbehördlicher Bewilligungen beschäftigt habe, und mit einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 6 Tage) und vier Geldstrafen in der Höhe von EUR 4.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen je 5 Tage) bestraft.

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Mitbeteiligte Berufung, in welcher er sich im Wesentlichen darauf berief, die Ausländer seien Arbeitnehmer der als Subunternehmerin beauftragt gewesenen Fa. A., deren Auftragsumfang ein klar umrissenes Werk dargestellt habe.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung der Berufung Folge, hob das bekämpfte Straferkenntnis auf und stellte das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein.

Die belangte Behörde ging von folgenden Feststellungen aus (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der (Mitbeteiligte) ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der L. GmbH mit dem Sitz in (XY). Die L. GmbH wurde von der Kommunalleasing GmbH mit der Ausführung von Trockenbauarbeiten (Wände und Decken) für das Bauvorhaben (WW), laut Angebotsschreiben vom 21.4.2004 beauftragt. Mit schriftlichem Werkvertrag vom 9. Juni 2005 hat die L. GmbH die 'komplette Montage von abnahmefertigen GK-Wänden' an die A. GmbH mit dem Sitz in (ZZ) weitergegeben.

Das Bauvorhaben wurde von L. dem Auftraggeber gegenüber ordnungsgemäß abgeschlossen, übergeben und abgerechnet.

Die von der A. erbrachten Subunternehmerleistungen wurden der L. GmbH in 9 Teilrechnungen in Rechnung gestellt und mit Schlussrechnung vom 13.7.2006 endabgerechnet.

Die Materialbestellung erfolgte vertragsgemäß durch die Firma L..

Am 5.7.2005, am 25.7.2005, am 26.9.2005 sowie am 20.10.2005 wurden die in den Spruchpunkten 1. bis 5. bezeichneten ausländischen Staatsbürger verschiedentlich bei Arbeiten an der Baustelle (WW) bei Trockenbauarbeiten und Aufräumarbeiten angetroffen.

Arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen lagen nicht vor."

Im Rahmen ihrer Erwägungen zur Beweiswürdigung traf die belangte Behörde die weitergehenden Feststellungen, dass die L. GmbH den erhaltenen Auftrag mit dem Angebotsgegenstand "Trockenbau (Wände und Decken)" übernommen habe und mit Subauftrag vom 9. Juni 2005 die A. GmbH mit der Ausführung der Trockenbauarbeiten, soweit sie sämtliche Wände betrafen, weitergegeben habe. Die A. GmbH sei mit 20. Juli 2005, sohin in manchen Spruchpunkten erst (kurz) nach den angelasteten Tatzeiträumen, mit dem Gewerbe "Baumeister" verzeichnet worden; der Auftrag von L. an A. sei im Juni 2005 vergeben worden. Es seien die Arbeitskräfte der L. GmbH nicht mit den Arbeitnehmern der A. GmbH gemeinsam auf der Baustelle gewesen, es habe im Abschnitt "Wände" keine Integration von Arbeitskräften gegeben; auch seien keinerlei Arbeitsanweisungen an die Ausländer von Seiten der L. GmbH erteilt worden. Die Ausländer seien von der A. GmbH entlohnt worden.

Die belangte Behörde folgerte aus diesen Feststellungen rechtlich, dass im vorliegenden Fall eine Auftragsweitergabe in Bezug auf ein konkret auszuführendes Werk erfolgt sei, dass dem Vorarbeiter der L. GmbH keine funktionelle Anordnungsbefugnis gegenüber den Ausländern zugekommen sei und es keine gemeinsamen Arbeitsausführungen im selben Gewerk durch Arbeitskräfte der L. und der A. gegeben habe. Daraus ergebe sich in einer Gesamtbetrachtung, dass es eine unternehmerische Eigeninitiative der A. GmbH gegeben habe, die sich der L. GmbH gegenüber zur Ausführung des übernommenen Werkes verpflichtet habe. Das im Wege eines Subauftrages vergebene Werk stelle eine in sich geschlossene, von vornherein abgrenzbare Einheit dar, die nicht erst durch unmittelbar der Ausführung vorangehende Anweisungen unterscheidbar gemacht worden sei. Es werde weder übersehen, dass es sich bei Montagearbeiten grundsätzlich um einfache Arbeiten handelt, die üblicherweise keine großartigen handwerklichen Fähigkeiten erforderten, noch dass die A. GmbH erst nach Abschluss des Werkvertrages im Gewerberegister mit dem Gewerbe "Baumeister" verzeichnet gewesen sei. Aus dem Beweisverfahren habe sich aber nicht ergeben, dass hier eine Verwendung überlassener Arbeitskräfte vorgelegen sei, zumal weder eine unmittelbare werkvertragliche Beziehung zwischen den verwendeten Ausländern und der L. GmbH bestanden habe noch eine organisatorische Eingliederung der Ausländer in den Betrieb der L. GmbH vorgelegen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Amtsbeschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend gemacht wird.

Sowohl die belangte Behörde als auch der Mitbeteiligte erstatteten Gegenschriften, in welchen sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In Ausführung seiner Beschwerde macht der beschwerdeführende Bundesminister geltend, der von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt sei in wesentlichen Punkten ergänzungsbedürftig. So habe es keinen Niederschlag gefunden,

- dass es sich bei den gegenständlichen Trockenbauarbeiten um einfache manipulative Tätigkeiten, für welche die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften in Frage komme, gehandelt habe,
- dass das Betriebsergebnis des vom Mitbeteiligten vertretenen Unternehmens auf der gegenständlichen Baustelle das des angeblichen Subunternehmers A. umfasse, weshalb kein unterscheidbares Werk vorliege,
- dass sämtliches Material und das Werkzeug teilweise von der L. GmbH gestammt habe,
- dass Gegenstand des Subunternehmervertrages lediglich Lohnkosten seien,
- dass die A. GmbH nicht für das von ihr erbrachte Werk hafte, da vereinbart worden sei, dass bei Nichteinhaltung von Terminen eigene Monteure der L. GmbH oder fremde Monteure auf Kosten der A. GmbH eingesetzt werden könnten,
- dass sich daraus ergebe, dass die A. GmbH nicht für den Erfolg, sondern für die Zurverfügungstellung von Personal haftet habe,
- dass unbeachtet geblieben sei, dass der angebliche Vorarbeiter der A. GmbH bei keiner der Kontrollen auf der Baustelle angetroffen worden sei, während der Bauleiter der L. GmbH auf der Baustelle gewesen sei und auch im Laufe von Baubesprechungen Anweisungen an einen der Ausländer erteilt habe.

Bei der Beurteilung eines Sachverhaltes als Arbeitskräfteüberlassung sei auf die Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG abzustellen. Bei dem verwendeten Material und Werkzeug komme es nicht auf numerische

Kategorien, sondern auf die Bedeutung des Materials bzw. Werkzeugs an; die gegenständliche Baustelle sei eine Betriebsstätte der L. GmbH gewesen, daher seien die Arbeitsleistungen im Betrieb des Werkbestellers erbracht worden. Bei einer Gesamtbetrachtung überwogen die in § 4 Abs. 2 AÜG genannten Kriterien.

Die Beschwerde ist berechtigt.

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 133/2003, gilt als Beschäftigung die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Nach Abs. 4 dieser Bestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2002, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2004, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 25 000 Euro.

In seinem Erkenntnis vom 4. September 2006, Zl. 2006/09/0030, hat der Verwaltungsgerichtshof in einem den anderen handelsrechtlichen Geschäftsführer der L. GmbH betreffenden Fall bereits betont, dass für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist. In Anwendung dieser Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der Frage, ob die Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen eines Ausländers als Entgegennahme einer Leistung im Rahmen eines "echten" Werkvertrages oder als Verwendung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes anzusehen ist, ausgesprochen, dass es für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend ist, in welche zivilrechtliche Form dieses gekleidet ist. Maßgeblich ist vielmehr die Beurteilung sämtlicher für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im konkreten Fall sprechender Umstände, die nicht isoliert voneinander gesehen werden dürfen, sondern in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht zu bewerten sind (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 22. Jänner 2002, Zl. 2000/09/0147, mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof hat schon mehrmals zum Ausdruck gebracht, dass einfache manipulative Tätigkeiten in der Regel kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 4. September 2003, Zl. 2001/09/0060, und vom 15. Mai 2008, Zl. 2007/09/0306, jeweils mwN). Auch im vorliegenden Fall handelt es sich um Trockenausbauarbeiten und damit um relativ einfache manipulative Arbeiten, die in der Regel kein selbständiges Werk darstellen können und für welche die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften in Betracht kommt. Eine andere rechtliche Beurteilung solch einfacher Arbeiten erfordert einen erhöhten Begründungsaufwand.

Gemäß § 60 AVG, der gemäß § 67 AVG für Berufungsbescheide gilt, sind in der Begründung eines Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (§§ 37 ff AVG), die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Dies erfordert in einem ersten Schritt die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugängliche konkrete Feststellung des der Entscheidung zugrundegelegten Sachverhaltes, in einem zweiten Schritt die Angabe jener Gründe, welche die Behörde im Falle des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen

Sachverhalt festzustellen, und in einem dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch des Bescheides geführt haben (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Juni 1995, Zl. 92/07/0184). Die genannte Zusammenfassung wird in Bezug auf die Beweiswürdigung kurz ausfallen können, wenn keine einander widersprechenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vorliegen. Bei Widersprüchen zwischen den Behauptungen und Angaben der Verfahrenspartei und sonstigen Ermittlungsergebnissen bedarf es aber einer klaren und übersichtlichen Zusammenfassung der maßgeblichen, bei der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen, damit der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung der Behörde auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit überprüfen kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2005, Zl. 2002/08/0106). Nicht oder unzureichend begründende Bescheide hindern den Verwaltungsgerichtshof, seiner Rechtskontrollaufgabe, wie sie im § 41 Abs. 1 VwGG zum Ausdruck kommt, insoweit zu entsprechen, als derartige Bescheide inhaltlich auch keine Überprüfung "auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhaltes" zulassen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 2004, Zl. 2001/08/0020).

Der angefochtene Bescheid hält diesen Kriterien nicht stand. Zutreffend macht der beschwerdeführende Bundesminister nämlich geltend, dass die belangte Behörde wesentliche Ermittlungsergebnisse, die in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen sind, nicht berücksichtigt hat. Dazu zählt etwa der Umstand, dass in dem Pkt. 9 des zwischen der L. GmbH und der A. GmbH abgeschlossenen Subunternehmervertrages ausbedungen wurde, dass die Auftraggeberin im Falle der Überschreitung vereinbarter Termine bzw. des Montageendes das Recht hat, eigene oder fremde Monteure auf Kosten der Auftragnehmerin einzusetzen, woraus sich ergibt, dass Vertragsgegenstand in Wahrheit die Zurverfügungstellung von Personal war.

Unberücksichtigt blieb auch der Umstand, dass nach dem Inhalt des im Verwaltungsakt liegenden Bescheides des Magistratischen Bezirksamtes f.d. 15. Bezirk vom 2. Juli 2004 der Unternehmensgegenstand der A. GmbH "Überlassung von Arbeitskräften" war.

Die belangte Behörde hat sich auch nicht inhaltlich mit den in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Teilrechnungen befasst, aus denen ersichtlich ist, dass lediglich Quadratmeter-Preise und Regiekosten verrechnet wurden, nicht aber Materialkosten, zumal ja auch nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen des Mitbeteiligten sämtliches Material und ein Teil des verwendeten Werkzeugs von seinem Unternehmen beigelegt worden war. Nach herrschender Judikatur unterliegt die Beweiswürdigung einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof nur hinsichtlich der Schlüssigkeit des Denkvorganges und der Frage, ob der Sachverhalt, der in diesem Denkvorgang gewürdigt wurde, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden und vollständig ist. Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde ihre rechtlichen Überlegungen aber auf einen nur unvollständig festgestellten Sachverhalt gestützt. So hat sie sich auch nicht beweiswürdigend mit dem aus den Akten ergebenden Widerspruch auseinandergesetzt, dass zwar die einvernommenen Ausländer, der Vorarbeiter der L. GmbH und auch der Mitbeteiligte übereinstimmend ausgesagt haben, dass alle arbeitsbezogenen Anweisungen vom Vorarbeiter der A. GmbH an die - alle als "selbständige" Gewerbetreibende agierenden - Ausländer erteilt worden seien, seitens des Kontrollorgans aber demgegenüber sowohl in der Anzeige als auch anlässlich seiner Vernehmung in der mündlichen Verhandlung deponiert wurde, dass ein Vorarbeiter der A. GmbH bei keiner der mehreren Kontrollen auf der Baustelle anwesend gewesen sei und er selbst beobachtet habe, dass der Vorarbeiter der vom Mitbeteiligten vertretenen Gesellschaft einem der Ausländer nach einer Baubesprechung die Baupläne ausgefolgt und diese auch mit ihm durchgegangen und besprochen habe. Damit erweist sich die Sachverhaltsgrundlage, auf welcher die belangte Behörde ihre rechtliche Beurteilung stützte, als nicht ausreichend, die darauf gestützte Beweiswürdigung als nicht schlüssig.

Da die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid sohin mit Verfahrensmängeln belastete, war er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Im fortgesetzten Verfahren wird zu berücksichtigen sein, dass im Hinblick auf die Dauer des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens, welches allein bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides nahezu drei Jahre betrug, im Falle der Verhängung einer Strafe wegen des Gebotes einer Entscheidung in angemessener Frist nach Art. 6 EMRK eine entsprechende Strafmilderung gegenüber dem erstinstanzlichen Strafbescheid vorzunehmen sein wird.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung, BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 10. Dezember 2009