

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

29.01.2009

Geschäftszahl

2008/09/0350

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des JF in O, vertreten durch Dr. Wolfgang Broesigke und Dr. Bertram Broesigke, Rechtsanwälte in 1060 Wien, Gumpendorfer Straße 14, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland vom 3. November 2008, Zlen. K 019/12/2008.011/010 und E 019/12/2008.012/007, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 3. November 2008 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als Arbeitgeber die polnischen Staatsangehörigen MW und JS zu näher umschriebenen Tatzeiträumen mit Fliesenverlegungsarbeiten auf Baustellen in W und T beschäftigt, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch zwei Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden Geldstrafen in der Höhe von EUR 2.000,-- und EUR 2.500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von zwei bzw. drei Tagen) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides stellte die belangte Behörde als Sachverhalt fest (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Der BW betreibt das Gewerbe eines Fliesenverlegers. In seinem Einzelunternehmen beschäftigt er regelmäßig zwischen 25 und 30 Arbeitnehmer. Da er mit dieser Personaldecke seine Arbeitsaufträge nicht immer erfüllen kann, arbeitet er auch laufend mit Subunternehmen zusammen. So benötigte er auch in der Zeit zwischen 5.8.2006 und 3.10.2006 für die Baustellen in W (Neuverfliesung der Sanitäreinrichtungen eines Gymnasiums) und T mehr Personal. Über einen Kollegen aus P, der ihm schon einmal mit einem Arbeitnehmer 'aushalf', kam der BW in Kontakt mit den beiden polnischen Staatsangehörigen JS und MW. Vor Aufnahme der Arbeit bestand der BW auf der Beibringung der nötigen 'Papiere', wobei dem BW die Vorlage von Gewerbescheinen genügte. Um diesem Erfordernis zu genügen, meldeten die beiden Ausländer unmittelbar vor ihrer Arbeitsaufnahme (MW am 5.8.2006 und JS am 21.8.2006) jeweils folgende Gewerbe beim Magistrat der Stadt Wien an:

1. Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser
2. Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen

Am 5.8.2006 kam MW auf die Baustelle in W, am 22.8.2006 JS. Der BW zeigte ihnen auf der Baustelle die zu verrichtende Arbeit, wobei die beiden Ausländer im Rahmen der Fliesenverlegungsarbeiten die vom BW so bezeichneten 'Vor- und Nacharbeiten' machen sollten. Unter Vorarbeiten verstand der BW das Abschlagen des alten Fliesenmaterials und Flächenabdichtungsarbeiten am Mauerwerk, unter Nacharbeiten das Verfugen des verlegten Fliesenmaterials und das Verfugen mit Silikon an den Stößen zur Mauer. Dieselben Arbeiten sollten die beiden Ausländer auf der Baustelle in T verrichten. Die Verlegungsarbeiten selbst waren den beim BW gemeldeten Arbeitnehmern vorbehalten.

Die Zeiten, die JS und MW auf den Baustellen des BW arbeiteten, überschnitten sich. Der BW überließ es den beiden Arbeitern, sich die Räume auszusuchen, in welchen sie - jeweils getrennt - ihre Arbeit verrichteten. Aufzeichnungen darüber, in welchen Räumen die beiden Arbeiter jeweils gearbeitet haben, existieren nicht.

JS arbeitete vom 22.8.-25.8.2006 auf der Baustelle in W und in den Zeiträumen vom 11.9.-15.9.2006 und 26.9.-3.10.2006 auf der Baustelle in T. Für die Baustelle in W erhielt JS einen Gesamtbetrag von 900 Euro in bar ausbezahlt. Am 29.9.2006 bekam er für seine Arbeiten auf der Baustelle in T einen weiteren Geldbetrag in der Höhe von 1350 Euro. Zur Bestätigung des erhaltenen Geldes unterschrieb er jeweils in deutscher Sprache gehaltene Rechnungen, die er nicht selbst erstellt hat und über deren Inhalt er - mangels dafür erforderlicher Deutschkenntnisse - bei der Kontrolle keine Auskunft geben konnte. Für die Baustelle in W ist auf der Rechnung 'Nr. 1/2006' eine Summe von 2500 Euro vermerkt. Für die 'durchgeführten Verfassungs- und Isolierungsarbeiten in W und Umgebung' ist dem genannten Ausländer eine mit 20.9.2006 datierte Rechnung über den Geldbetrag von 1900 Euro zur Unterschrift vorgelegt worden.

MW arbeitete vom 5.8.2006-25.8.2006 auf der Baustelle in W und in den Zeiträumen vom 4.9.-21.9.2006 und vom 27.9.-3.10.2006 auf der Baustelle in T. Für die Baustelle in W erhielt MW einen Betrag von 1400 Euro in bar ausbezahlt. Für die Baustelle in T in der Zeit vom 4.9.2006 bis 21.9.2006 erhielt er einen Geldbetrag in der Höhe von 1500 Euro in bar ausbezahlt. Ebenso wie JS unterschrieb auch MW in deutscher Sprache geschriebene Rechnungen über den Erhalt des Geldes, die er - mangels ausreichender Deutschkenntnisse - nicht selbst erstellt hat und über deren Inhalt auch er bei der Kontrolle nicht 'genau' Bescheid wusste. Dabei handelte es sich um Rechnungen für Arbeiten in W in der Höhe von 1580 Euro, sowie für Arbeiten 'in W und Umgebung' in der Höhe von jeweils 1500 Euro (Rechnung vom 21.9.2006) und 1700 Euro (Rechnung vom 12.10.2006).

Obwohl der BW in der mündlichen Verhandlung vor dem UVS behauptete, dass die Rechnungen sich nach den von den Ausländern gearbeiteten Quadratmetern bzw. Laufmetern bemessen haben, sind auf den Rechnungen weder die Quadratmeter der abgeschlagenen und behandelten Flächen bzw. die Laufmeter der getätigten Verfassungen vermerkt noch geleistete Arbeitszeiten vermerkt.

Die beiden Ausländer arbeiteten auf den genannten Baustellen mit eigenem Handwerkzeug und Arbeitskleidung, aber vom BW beigestelltem Arbeitsmaterial. Es kam dabei auch vor, dass sie nicht nur die 'Vor- und Nacharbeiten' erledigten, sondern selbst bei Verlegungsarbeiten mitgeholfen haben.

Die beiden polnischen Arbeiter arbeiteten innerhalb jener Zeiten, an denen die Baustellen nicht versperrt waren.

In den Zeiträumen im August bis Oktober 2006, in denen die beiden Ausländer nicht auf den Baustellen des BW gearbeitet haben, kehrten sie jeweils nach Polen zurück. Der BW stellte MW bereits vor seiner Heimreise in Aussicht, dass er ihn in absehbarer Zeit wieder benötigen werde. JS informierte er nach seiner Rückkehr nach Polen fernmündlich, dass er ihn für eine weitere Baustelle erneut benötige."

Der Beschwerdeführer verantwortete sich damit, es lägen zwischen ihm und den beiden Polen mündlich geschlossene Werkverträge vor, zur Glaubhaftmachung habe er die Gewerbeberechtigungen der Polen sowie von den beiden unterschriebene Rechnungen vorgelegt. Dem Beschwerdeführer sei aus folgenden Gründen die Glaubhaftmachung, dass ein Werkvertragsverhältnis und keine illegale Beschäftigung iS des § 28 Abs. 7 AuslBG zu den beiden polnischen Arbeitern vorliege, nicht gelungen:

"So war von den beiden polnischen Arbeitern nicht die Erbringung eines eigenständigen, abgrenzbaren Werkes verlangt, sondern sie sollten lediglich vorab vereinbarte Arbeitsgänge im Rahmen des vom Unternehmen des BW zu erbringenden Werkes der Verfliesung der Räumlichkeiten auf den Baustellen in W und T übernehmen. Die Arbeiter schuldeten dem BW die Verrichtung inhaltsgleicher Arbeitsschritte und es wurde den Arbeitern dabei freigestellt, wer von beiden welche Räume dabei übernehmen sollte, sodass auch aus dem Blickwinkel der beiden polnischen Arbeiter sie lediglich Arbeitsleistungen iS eines Dauerschuldverhältnisses aber keine von vornherein voneinander abgrenzbaren Werke schuldeten. Es handelte sich bei diesen vom BW selbst so bezeichneten 'Vor- und Nacharbeiten' vielmehr um typische Arbeitsleistungen im Rahmen des vom BW herzustellenden Gewerkes.

...

Der UVS geht als Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass durch die Heranziehung der beiden polnischen Arbeitskräfte zu den so bezeichneten 'Vor- und Nacharbeiten' nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt eine Arbeitsteilung innerhalb der Arbeiter des Unternehmens des BW beabsichtigt war, sodass sich die beim BW angemeldeten Arbeiter rein auf die Verlegungsarbeiten konzentrieren konnten. Das hat zur Folge, dass damit die beiden polnischen Arbeiter aber auch in den 'Unternehmensorganismus' des Fliesenlegerbetriebes des BW eingegliedert waren. Dies auch dergestalt, als die Abfolge der Arbeiten der beim BW gemeldeten Arbeiter sehr eng mit dem Arbeitsfortschritt der beiden ausländischen Arbeitskräfte et vice versa verknüpft war. Die vom BW eingestandene Tatsache, dass die beiden Ausländer den übrigen Arbeitern des BW - zumindest hin und wieder - auch direkt bei der Verlegung der Fliesen geholfen haben, weist überdies sehr stark auf eine solche Eingliederung in den Betrieb des BW hin.

...

Vor dem Hintergrund der unmittelbar vor Arbeitsbeginn erfolgten Gewerbeanmeldungen, welche die Ausländer - für einen Gewerbetreibenden im Bereich der Fliesenverlegung leicht erkennbar - allesamt nicht zur Ausübung des Fliesenverlegergewerbes befugten und in Anbetracht der bereits in der Beweiswürdigung als Umgehungshandlungen gewerteten Rechnungslegungen, war davon auszugehen, dass der BW die beiden polnischen Staatsangehörigen, mit zumindest - bedingtem Vorsatz - auf seinen Baustellen als zusätzliche Arbeitskräfte je nach Arbeitsbedarf immer wieder (im Sinne eines innerbetrieblichen Gesamtkonzeptes) beschäftigten wollte. Bekräftigt wird dies dadurch, als er MW bereits vor seiner Heimreise in Aussicht stellte, dass er ihn in absehbarer Zeit wieder benötigen werde."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Vorweg ist dem Beschwerdeführer auf seinen Einwand, die beiden Polen dürften ihre Tätigkeit als "EU-Bürger mit Gewerbebescheinigen" in Österreich ausüben, zu antworten, dass dies nur für Dienstleistungen als Selbständige gilt. Einerseits bezieht sich § 373a GewO nur auf die in § 1 GewO genannten Tätigkeiten; nach dessen Abs. 2 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Andererseits besteht hinsichtlich der Merkmale etwa des AuslBG, des AÜG, der GewO und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt (vgl. mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163). Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor.

Die belangte Behörde geht von der Anwendbarkeit des § 28 Abs. 7 AuslBG aus. Wird nach dieser Gesetzesstelle ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Baustellen eines Unternehmens angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist das Vorliegen einer nach dem AuslBG unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Im vorliegenden Fall wurden die Polen auf einer Baustelle des Beschwerdeführers, somit in dessen Betrieb, angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN).

Der Beschwerdeführer verantwortet sich ausschließlich damit, er habe mit den Polen Werkverträge abgeschlossen.

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes 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 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 Nichterstellung 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 Werkvertrages (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Die belangte Behörde stützt sich im Zusammenhang mit der Wertung des Vorbringens des Beschwerdeführers im Sinne der Beurteilung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf dessen Aussage zu den näheren Umständen des Einsatzes der Polen. Da der Beschwerdeführer den Polen auf den

Baustellen Arbeitsbereiche zugewiesen habe, die er nach seinem Vorbringen im Verwaltungsverfahren (und auch in der Beschwerde) nicht näher beschrieben hat, zeigt er aber nicht einmal, dass es sich bei der behaupteten Vergabe an die "Subunternehmer" um ein abgrenzbares, unterscheidbares "gewährleistungstaugliches" Werk handelt. Daran kann auch nichts ändern, dass der Beschwerdeführer rügt, die belangte Behörde habe eine Aussage des JS nicht berücksichtigt, nach der "ihm die zu leistende Arbeit von einem Polier der Firma P mitgeteilt" worden sei. Denn auch daraus ist jedenfalls eine Arbeitszuweisung einer unmittelbar zu verrichtenden Arbeit abzuleiten. Wer letztendlich aber den Polen die Arbeiten individuell zuwies, ist insofern unerheblich, weil der Beschwerdeführer gar nicht bestreitet, dass die Polen in Erfüllung eines dem Beschwerdeführer und nicht der Firma P erteilten Verkauftrages tätig waren. Zudem waren die Arbeiten unwidersprochen im Zusammenwirken mit den übrigen Arbeitern des Beschwerdeführers auf den gegenständlichen Baustellen zu verrichten. Dass entgegen den Ausführungen der belangten Behörde in den "Rechnungen" eine "Werkbeschreibung" enthalten sei, wird auch in der Beschwerde nicht behauptet.

Damit kann die Ansicht der belangten Behörde nicht als rechtswidrig angesehen werden, dass die Behauptung des Bestehens der behaupteten "Werkverträge" nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspreche. Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass derartige einfache Hilfsarbeiten, wie die in den obigen Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde beschriebenen Arbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf mit den übrigen Fliesenlegerarbeiten der anderen beim Beschwerdeführer beschäftigten Arbeitnehmer erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, mwN).

Auch der dringende Arbeitskräftebedarf des Beschwerdeführers zur Erfüllung der von ihm übernommenen Aufträge deutet nicht auf eine Weitergabe eines Teilauftrages an selbständige Werkvertragsnehmer. Dem Beschwerdeführer kam es gerade darauf an, dass die beiden Polen rasch verfügbar waren, eine Vertretungsmöglichkeit wurde nicht behauptet, weshalb von persönlicher Dienstpflicht auszugehen ist. Der Beschwerdeführer hat auch nicht aufgezeigt, dass die Polen hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten weisungsfrei gewesen seien. Seine Ausführungen, lediglich ein- bis zweimalige Kontrollen pro Woche seien auch bei Subunternehmern üblich, sind angesichts der im vorgegebenen Arbeitsfortschritt zu erbringenden, zugewiesenen einfachen "Vor- und Nacharbeiten" beim Verlegen von Fliesen nicht zielführend. Denn wenn sich - wie im vorliegenden Fall - 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, dann äußert sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers"), die der Beschwerdeführer nach den Feststellungen auch ausgeübt hat (vgl. z. B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026).

Auch dass die Erstellung der "Rechnungen" nicht durch die Polen erfolgte, sondern diese die erstellten Rechnungen lediglich zu unterfertigen hatten, deutet in Richtung Verwendung unselbständiger Arbeitskräfte.

Dass die Polen eigenes Werkzeug verwendeten, fällt demgegenüber nicht ausschlaggebend ins Gewicht.

Der belangten Behörde kann daher nicht entgegen getreten werden, wenn sie davon ausging, dass die beiden Polen zum Beschwerdeführer in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 AuslBG gestanden sind.

Bereits der Inhalt der Beschwerde lässt erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, weshalb die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen war.

Wien, am 29. Jänner 2009