

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

05.11.2010

Geschäftszahl

2009/09/0018

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

2009/09/0013 E 24. Februar 2011

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 E G in B, vertreten durch Mag. Martin Kratky, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Rudolfsplatz 12/7, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich, Außenstelle Wiener Neustadt, vom 25. November 2008, Zl. Senat-BL-08-1074, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 25. November 2008 wurde der Beschwerdeführer - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der N.-GmbH mit (damaligem) Sitz in B. zu verantworten, dass diese am 17. Jänner 2006 auf der Baustelle in B. die (Anm.: von C.W., dessen Unternehmen seinen Sitz in Österreich hat, zur Arbeitsleistung überlassenen) polnischen Staatsangehörigen A.W. und R.Z. (mit Trockenbauarbeiten) beschäftigt habe, 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 über ihn zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 1.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 24 Stunden) verhängt.

Ihre Bescheidebegründung stützte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges und Zitierung der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen auf folgende Erwägungen (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Der (Beschwerdeführer) war zum Tatzeitpunkt 17.01.2006 und ist auch noch heute einer der beiden handelsrechtlichen Geschäftsführer der N.-GmbH mit Sitz in B. Während M.N. als handelsrechtlicher Geschäftsführer für die Akquirierung von Aufträgen zuständig ist, liegt die Ausführung der Aufträge im Aufgabenbereich des (Beschwerdeführers).

Die Firma N.-GmbH übernahm von der Fa. O. den Auftrag über Trockenausbauarbeiten in deren Autohaus in B. Der Auftrag umfasste die Verkleidung der Innendecke in einem Schauraum des Autohauses, die Aufstellung von Trennwänden und die Verkleidung von Säulen. Die Verkleidung der Innendecke sollte mittels einer abgehängten Mineralfaserplattendecke hergestellt werden und waren auch dabei die in der Decke vorhandenen Lichtkuppeln durch Lichtschürzen aus Gipskarton zu verkleiden bzw. an diese neue abgehängte

Decke anzupassen. Der Auftrag umfasste ein Volumen von ca. EUR 10.000.-- bis 15.000.-- und war für die Ausführung dieser Arbeiten eine Woche veranschlagt.

Wie der (Beschwerdeführer) bereits in seiner ersten Stellungnahme an die Bezirkshauptmannschaft B. vom 08.03.2006 ausführte und dies anlässlich seiner Einvernahme am 30.10.2008 ergänzte, war bereits zu Beginn der Arbeiten absehbar, dass der gesamte Auftrag aufgrund von Arbeitsüberlastung mit eigenen Arbeitnehmern 'und dort pönlisierten Fertigstellungstermin' nicht zeitgerecht abgeschlossen hätte werden können. Mit einem Teil der Arbeiten, laut Stellungnahme vom 08.03.2006 u.a. die Herstellung der Gipskartonschürze bei den Lichtkuppeln, wurde daher der Subauftragnehmer C.W. beauftragt. Entsprechend dem mit ihm abgeschlossenen Vertrag, waren die Leistungen zum vereinbarten Einheitspreis (EUR 2,5 netto/m² Spachtelung; EUR 3/m² Bepunktung) zu berechnen. Der Abschluss der Verträge mit C.W. war entsprechend der internen Arbeitsaufteilung Aufgabe des zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführers M.N. Das bereits oben zitierte Auftragschreiben vom Jänner 2006 war von diesem unterfertigt worden. Während C.W. die beiden polnischen Staatsangehörigen A.W., seinen Bruder, und R.Z. auf diese Baustelle entsandte, waren dort seitens der N.-GmbH die beiden Arbeiter F.G. und J.R. tätig.

Die beiden genannten polnischen Arbeiter verfügten ihrerseits über verschiedene Gewerbeberechtigungen (R.Z. über die Berechtigung für die 'Montage von mobilen Trennwänden durch Verschraubung fertig bezogener Profiteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen', A.W. über die Berechtigung zum 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit') und hatten mit C.W. eigene 'Werkverträge' abgeschlossen. Entsprechend der mit A.W. und R.Z. vom Zollamt E. am 17.01.2006 aufgenommenen Niederschriften und von diesen auch in der Verhandlung vom 30.10.2008 bekräftigt, waren als Nettoarbeitslohn mit C.W. EUR 9,--/Stunde vereinbart.

Bei der am 17.01.2006 durchgeführten Kontrolle der verfahrensgegenständlichen Baustelle durch Organe des Zollamtes E. wurden die beiden polnischen Arbeiter A.W. und R.Z. beim Montieren von Schienen für eine Mineraldecke angetroffen. Das Material für diese Arbeiten wurde von der N.-GmbH bereitgestellt, während das erforderliche Werkzeug im Besitz der polnischen Arbeiter war bzw. von C.W. zur Verfügung gestellt wurde.

Die beiden Arbeiter der N.-GmbH, F.G. und J.R., waren zum Zeitpunkt der Kontrolle im Schauraum mit der Herstellung einer Gipskartonschürze an einer der Lichtkuppeln beschäftigt.

Laut Aussage des (Beschwerdeführers) war F.G. als Vorarbeiter auf dieser Baustelle und berechtigt Arbeitsanweisungen zu erteilen. Inwieweit F.G. tatsächlich auch den beiden polnischen Arbeitern Anweisungen gab, blieb unklar. Während A.W. bei seiner Einvernahme am 17.1.2006 angegeben hatte, F.G. hätte ihn angewiesen, wo die Schienen für die abgehangte Decke zu montieren gewesen wären, bestritt er diese Aussage anlässlich seiner Einvernahme bei der Verhandlung und konnte dieser Umstand auch von den Zeugen R.Z., J.R. und F.G. nicht erhellt werden.

Nach der vom Zollamt durchgeführten Kontrolle wurden die Arbeiten im Autohaus O. von Arbeitern der N.-GmbH fertig gestellt. Der (Beschwerdeführer) konnte weder einen konkreten, auf die gegenständliche Baustelle bezogenen, schriftlichen Werkvertrag mit C.W. noch eine Rechnung dieser Firma für die dort geleisteten Arbeiten vorlegen.

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich im Wesentlichen auf den erstinstanzlichen Verwaltungsstrafakt im Zusammenhang mit dem durchgeführten Beweisverfahren.

Aufgrund dieses Ermittlungsergebnisses kommt (die belangte Behörde) zum Ergebnis, dass die beiden polnischen Arbeiter A.W. und R.Z. in einem unselbständigen Beschäftigungsverhältnis zu C.W. standen. Dieser wurde, wie es sein Bruder bei seiner Einvernahme am 30.10.2008 andeutete, auch rechtskräftig wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes bestraft.

Im Ergebnis ist aber auch festzuhalten, dass nach Ansicht der (belangten Behörde) über die verfahrensgegenständlichen Arbeiten bei der Fa. O. kein Werkvertrag zwischen der N.-GmbH und C.W. gegeben ist. Hinsichtlich der von C.W. zu erbringenden und vereinbarten Leistungen bestehen Widersprüche im Vergleich zwischen den in der ersten Verantwortung gemachten Angaben und den tatsächlich von den Arbeitern der beiden Firmen vor Ort verrichteten Tätigkeiten.

Da entgegen der vom (Beschwerdeführer) behaupteten Weitergabe des Teilauftrages hinsichtlich der Herstellung der Lichtschürzen an C.W. diese Arbeiten tatsächlich jedoch von den Arbeitern der N.- GmbH durchgeführt wurden und die Arbeiter von C.W. stattdessen die Unterkonstruktion für die abgehangte Decke montierten, kann von einer klar unterscheidbaren Trennung einzelner Teilgewerke nicht mehr gesprochen werden.

Die Herstellung der Deckenverkleidung im Autohaus ist nach Ansicht (der belangten Behörde) auch als einheitliches Gewerk zu qualifizieren, bilden doch die Gipskartonschürzen der Lichtkuppeln mit der aus Mineralfaserplatten bestehenden abgehangten Decke, somit die gesamte Deckenverkleidung, sowohl technisch als auch optisch eine Einheit. Demzufolge steht auch fest, dass C.W. die zwei verfahrensgegenständlichen ausländischen Arbeiter, für welche die erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Voraussetzungen nicht vorlagen, an die N.-GmbH überlassen hat.

Die Einvernahme des vom (Beschwerdeführer) beantragten Zeugen C.W. sowie des zweiten Berufungswerbers M.N. wurde als nicht erforderlich erachtet, zumal hinsichtlich der Beschäftigung der beiden polnischen Arbeiter durch C.W. keine Zweifel bestanden. Die Ausgestaltung der Vereinbarung zwischen C.W. und der N.- GmbH ergab sich schon aus der bisherigen Verantwortung des (Beschwerdeführers) und wird diesen Angaben die Glaubwürdigkeit nicht abgesprochen."

Unter Zugrundelegung dessen erachtete die belangte Behörde das Vorliegen der objektiven und der subjektiven Tatseite der inkriminierten Verwaltungsübertretungen als erwiesen, wobei sie dem Beschwerdeführer zumindest fahrlässiges Verhalten vorwarf, und legte im Weiteren ihre Strafbemessungsgründe dar.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, worin sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde begehrte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies für den Beschwerdefall von Bedeutung ist - nach § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a), in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird (lit. b) oder überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988 (lit. e) als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den 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 in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt des 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 dieser (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. April 2009, Zl. 2009/09/0069, mwN).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild darauf zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2008, Zl. 2007/09/0306).

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 essentiell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichung eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Wird gemäß § 28 Abs. 7 AuslBG 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 konkreten Fall wurden die Ausländer auf einer Baustelle der N.-GmbH, somit in deren Betrieb angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich ist.

Schon deshalb, weil sich dem zum hier behaupteten "Werkvertrag" vorgelegten Auftragsschreiben vom Jänner 2006 (samt Anhang) nicht einmal entnehmen lässt, ob es sich überhaupt bei der behaupteten Vergabe an C.W. um ein abgrenzbares, unterscheidbares "gewährleistungstaugliches" Werk handelt und somit eine Abgrenzbarkeit der von den beiden Polen zu verrichtenden Tätigkeiten gegenüber den von den übrigen Bediensteten des Beschwerdeführers zu verrichtenden Trockenbauarbeiten im Vorhinein nicht möglich war, weiters allfällige spätere nähere Konkretisierungen nicht behauptet wurden und im angefochtenen Bescheid auch nachvollziehbar argumentiert wird, dass die Herstellung der Deckenverkleidung, welche sowohl technisch als auch optisch eine Einheit bilde, als einheitliches Gewerk zu qualifizieren sei, kann die Ansicht der belangten Behörde nicht als rechtswidrig angesehen werden, dass die Behauptung des Bestehens eines Werkvertrages zwischen der N.-GmbH und C.W. nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspreche. Dies wird im Übrigen auch durch die Angaben des Beschwerdeführers - der nach den diesbezüglich unbekämpften Feststellungen seitens der N.-GmbH für die Ausführung von Aufträgen zuständig war, während dem (weiteren) Geschäftsführer M.N. die Akquirierung von Aufträgen oblag - erhärtet, wonach bereits zu Beginn der Arbeiten absehbar gewesen sei, dass der gesamte Auftrag der Fa. O. nicht mit eigenen Arbeitnehmern zeitgerecht abgeschlossen werden hätte können, die "mittels Subauftrag weitergegebenen" Leistungen nach Quadratmetern bezahlt werden sollten.

Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass derartige einfache Hilfsarbeiten wie die hier vorliegenden Bauhilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, mwN).

Die Gesetzesstelle des § 28 Abs. 7 AuslBG entbindet die Behörde zwar nicht von ihrer - angesichts der im Grunde des § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren geltenden §§ 37 und 39 Abs. 2 AVG gegebenen - Verpflichtung, den Sachverhalt von Amts wegen festzustellen, die dafür notwendigen Beweise aufzunehmen, Parteiengehör einzuräumen und ein dem Art. 6 EMRK entsprechendes Verfahren durchzuführen. Diese Grundsätze hat die belangte Behörde jedoch im gegenständlichen Verfahren nicht verletzt.

In der Beschwerde wird nicht vorgebracht, auf Grund welcher konkreter Umstände oder Angaben der ins Treffen geführten Zeugen ein anderer Sachverhalt festzustellen gewesen wäre, sodass damit jedenfalls die Relevanz eines allfällig unterlaufenen Verfahrensmangels nicht dargetan werden kann. Im Übrigen ist der Beschwerdeführer zu erinnern, dass es sich bei der Frage, ob ein Werkvertrag (Subwerkvertrag) zwischen der N.-GmbH und C.W. vorgelegen habe, um eine auf Grund des Vorliegens eines bestimmten Sachverhaltes zu lösende Rechtsfrage, jedoch nicht um ein Sachverhaltsvorbringen handelt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2008, Zl. 2008/09/0281). Ebenso wenig vermag der Beschwerdeführer mit der Wiederholung seines Standpunktes Bedenken an der von der belangten Behörde vorgenommenen Würdigung der aufgenommenen Beweise und den daraus abgeleiteten Ergebnissen, Zweifel an der Schlüssigkeit der Überlegungen der belangten Behörde aufkommen zu lassen (vgl. zum diesbezüglichen Umfang der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053).

Bei den genannten Tätigkeiten handelt es sich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 AuslBG) um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei den gegenständlichen Deckenverkleidungsarbeiten der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die aus einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Die Behörde ist in einem solchen Fall - entgegen dem weiteren Beschwerdevorbringen - nicht gehalten, Ermittlungen und weitwendige Überlegungen zu der Frage anzustellen, ob der Hilfsarbeiter in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht, da dies - wenn anders lautende Behauptungen samt Beweisanboten nicht vorliegen - unter den gegebenen Umständen ohne Weiteres vorausgesetzt werden konnte (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 3. November 2004, Zl. 2001/18/0129, mwN).

Im Übrigen stützt die Anordnungsbefugnis von F.G. die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026, zur "stillen Autorität des Arbeitgebers"). Ob es konkreter Anordnungen bedurfte oder nicht, ist angesichts der gegenständlichen Tätigkeiten von untergeordneter Bedeutung.

Im Sinne der Abgrenzung gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist die Lösung der Frage, ob nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt überhaupt ein Werkvertrag zwischen der N.-GmbH und C.W. vorliegt, im gegenständlichen Fall der entscheidende Teil dieser Abgrenzung. Da der behauptete Werkvertrag nicht vorliegt, ist die Folgerung der belangten Behörde, die zwei Ausländer hätten ihre Leistungen als von C.W. der N.-GmbH überlassene Arbeitskräfte erbracht, nicht als rechtswidrig zu erkennen, Gäbe es kein Beschäftigungsverhältnis der Arbeitnehmer zu C.W., läge eine direkte Beschäftigung durch die N.-GmbH vor.

Insgesamt ist das Beschwerdevorbringen somit nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

Gegen die Strafbemessung wurde vom Beschwerdeführer nichts vorgebracht; beim Verwaltungsgerichtshof sind keine Bedenken bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit entstanden.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und war deshalb gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 455/2008. Wien, am 5. November 2010