

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.03.2009

Geschäftszahl

2009/09/0039

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. Jantschgi, über die Beschwerde des VG in Wien, vertreten durch Dr. Daniel Charim, Mag. Wolfgang Steiner und Mag. Anton Hofstetter, Rechtsanwälte in 1090 Wien, Wasagasse 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 9. Dezember 2008, Zl. UVS-07/A/40/2251/2008-40, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Auf Grund der Beschwerde und des mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheides steht folgender Sachverhalt fest:

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 9. Dezember 2008 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der T GmbH gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in W zumindest am 6. Dezember 2005 auf ihrer Baustelle in G sieben näher bezeichnete polnische Staatsangehörige als Arbeiter für Spachtel- und Verfügarbeiten beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch sieben Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden sieben Geldstrafen in der Höhe von EUR 4.000,-- (im Nichteinbringungsfall sieben Ersatzfreiheitsstrafen von je einer Woche vier Tagen fünf Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides stellte die belangte Behörde im Wesentlichen beruhend auf den als glaubhaft beurteilten Aussagen des Beschwerdeführers in der Berufungsverhandlung u.a. folgenden Sachverhalt fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Die sieben im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses namentlich und nach Geburtsdatum bezeichneten Männer sind polnische Staatsangehörige und besaßen zur Tatzeit Gewerbescheine zum 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit'. Ein Arbeitstitel nach dem AuslBG lag für keine dieser Personen für den Tattag (im Straferkenntnis wurde nur ein Beschäftigungstag zur Last gelegt) vor. Am angelasteten Beschäftigungstag waren die sieben Polen nicht von der T GmbH zur Sozialversicherung angemeldet. ...

Die Miteigentümerin der Liegenschaft W (= Beschäftigungs- und Kontrollort), schloss als Auftraggeberin mit der T GmbH als Auftragnehmerin einen Werkvertrag (datiert mit 2.11.2004) über den Ausbau der Dachgeschoßwohnungen Top 34, 35, 36 und 37. Laut Werkvertrag sollten vier Wohnungen mit einer Gesamtwohnfläche von circa 400 bis 450 Quadratmeter schlüssel- und bezugsfertig hergestellt werden. Die T GmbH sollte als Generalunternehmer tätig werden. Als pauschaler Werklohn wurde eine Summe von 502.590,70 Euro (inkl USt) vereinbart. Als Fertigstellungstermin wurde der 30.11.2005 vereinbart. Als Pönale bei Fristüberschreitung wurde ein Betrag von 250,- Euro pro Tag, höchstens jedoch 50.000 Euro, vorgesehen. Bezüglich der Verwendung von Subunternehmer ist dem Werkvertrag unter Punkt 2.5. zu entnehmen: 'Dem AN

ist gestattet, sich zur Erbringung einzelner der ihm übertragenen Leistungen Subunternehmer zu bedienen. Er hat dem AG die Namen (Firma), Anschrift und die übertragene Leistung bekannt zu geben.' Der Auftraggeberin, der U GmbH, wurde seitens der Firma T GmbH kein Subunternehmer bekannt gegeben, der Auftraggeberin war aber faktisch bekannt, dass sich die Firma T GmbH Subunternehmer bediente.

Die T GmbH schloss mit allen sieben im Spruch des Straferkenntnisses angeführten polnischen Staatsangehörigen unter Verwendung eines Mustervertrages, den sie von einer anderen Baufirma erhalten hatte, Verträge, die den Titel 'Werkvertrag' führen. Im Verfahren wurde nur ein solcher Mustervertrag vorgelegt. Die mit den sieben Polen abgeschlossenen Verträge wurden mit der Begründung nicht in Vorlage gebracht, dass dies wegen des Konkurses der Firma nicht möglich gewesen wäre. Unter Punkt '2) Werkleistungsvereinbarungen' des Vertragsmusters steht als 'Werkumschreibung': 'Der Unternehmer verpflichtet sich, für den Besteller (Anmerkung: gemeint die T GmbH) die Baustellenkoordination im bezüglich Terminkoordination der Handwerker, Überprüfung der Arbeitsleistung der Arbeiter und Koordination mit der Bauleistung zu verrichten. ...' Unter dem Punkt '5) Honorar' steht: 'Der Besteller bezahlt dem Unternehmer für die von ihm zu erbringende Tätigkeit nach Fälligkeit zum Monatsende einen Pauschalbetrag. Das Honorar ist fällig, nachdem der Unternehmer sämtliche vom Besteller in Auftrag gegebenen Arbeiten fristgerecht erledigt hat. ...' Dieser 'Werkvertrag' enthält weder eine Rubrik für die konkrete Beschreibung der Werkleistungen für den konkreten Fall, wie zB die Bezeichnung der einzelnen Räume, die zu verspachteln sind, die Quadratmeterangabe, das zu verwendende Material, etc, noch ist ein Feld für die 'Pauschalsumme' vorgesehen. Auch eine Rubrik für die 'Leistungsfrist' fehlt.

Die sieben Polen legten Rechnungen. Exemplarisch legte der Beschuldigte drei Rechnungen vor, die alle mit 15.9.2005 datiert sind. Die von Herrn TR ausgestellte Rechnung bezieht sich auf die G-Straße 93 und weist als ausgeführte Arbeiten 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten' für den Leistungszeitraum 'Juli, August 2005' aus. Als Pauschalsumme scheint '3.800 Euro' auf. Die von Herrn MC ausgestellte Rechnung bezieht sich auf die G-Straße 93 und weist als ausgeführte Arbeiten 'div. Bauarbeiten, Verfugen mittels platischen Kunststoffmatten' (Anmerkung: Schreibfehler im Original) für den Leistungszeitraum 'Juli, August 2005' aus. Als Pauschalsumme scheint '4250 Euro' auf. Die von Herrn LL ausgestellte Rechnung bezieht sich auf die G-Straße 93 und weist als ausgeführte Arbeiten 'Bauhilfsarbeiten, Verspachtelungen' für den Leistungszeitraum 'Juli, August 2005' aus. Als Pauschalsumme scheint '4000 Euro' auf. Rechnungen für den Zeitraum Dezember 2005 wurden nicht vorgelegt. Aus den vorgelegten Rechnungen ergibt sich, dass die sieben Polen zumindest bereits im Juli und August auf der Baustelle gearbeitet haben. Die Arbeitsdauer der sieben Polen auf dieser Baustelle betrug circa fünf bis sechs Monate.

Herr AB hat bereits im Jahr 2003 für *den Beschwerdeführer* 'schwarz' gearbeitet. Dieser und die weiteren sechs Polen haben in den Jahren 2003 bis 2005 auch auf anderen Baustellen im Auftrag der Firma T GmbH gearbeitet. Mit dem Beitritt Polens zur Europäischen Union sagte *der Beschwerdeführer* zu seinen Arbeitern, sie mögen sich Gewerbescheine ausstellen lassen, da er in den Medien gehört und von der Wirtschaftskammer bestätigt bekommen hat, dass Polen mit Gewerbescheine in Österreich arbeiten dürfen. Die sieben Polen haben in den Monaten Juli/August/September die Hauptarbeit (verfugen und verspachteln) erledigt, im Dezember standen die Feinarbeiten an. Da die Leistungsfrist der Firma T GmbH bereits abgelaufen war, stand diese unter hohem Zeitdruck und haben alle sieben Polen gleichzeitig auf der Baustelle gearbeitet. Die Verspachtelungsfläche von circa 2625 Quadratmeter (= 750 Quadratmeter Wohnfläche multipliziert mit 3,5) wurde im Wesentlichen auf die sieben Personen aufgeteilt. Die Einteilung, wer welche Fläche zu bearbeiten hatte, erfolgte durch *den Beschwerdeführer*. Bezahlt wurden die Polen nach Anzahl der bearbeiteten Quadratmeter. Die Bezahlung erfolgte einmal pro Monat. *Der Beschwerdeführer* legte für die sieben Polen eine Rahmenarbeitszeit fest und begründete dies mit seiner Koordinierungsaufgabe. Die Polen konnten sich auch Urlaub nehmen. Urlaub und Krankenstand mussten sie *dem Beschwerdeführer* melden. Der Berufungswerber war täglich auf der Baustelle, kontrollierte die Arbeiten und ordnete Nachbesserungen an. *Der Beschwerdeführer* wusste, dass die sieben Polen keine Arbeitsberechtigungen nach dem AuslBG besaßen, ging aber davon aus, dass die Gewerbescheine eine Legitimation für die Arbeiten darstellen würden. Eine Auskunft bei der zuständigen Behörde hat er nicht eingeholt."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde diesen Sachverhalt, dass nach einer Gesamtbetrachtung aller Umstände von arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnissen auszugehen sei.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, erst mit BGBl. I Nr. 101/2005 sei in § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG der Halbsatz "sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird" entfallen. Auf Grund der im Sachverhalt genannten Gewerbescheine hätten die Polen ihre Tätigkeit in Österreich ausüben dürfen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zur Rechtslage vor der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005 erkannt hat, ist der bloß formale Umstand, dass die Polen im Besitz (österreichischer) Gewerbeberechtigungen waren, für die Beurteilung ihrer sachverhaltsmäßig festgestellten Tätigkeit

dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 3. November 2004, Zl. 2001/18/0129). Ausländer, die formell im Besitz von Gewerbeberechtigungen waren, nach der nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt vorzunehmenden Beurteilung ihrer Tätigkeit aber de facto nicht selbständig sind, waren schon vor der Novelle BGBI. I Nr. 101/2005 nicht vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen.

Sollte der Beschwerdeführer mit diesem Vorbringen in Richtung einer auf europarechtlichen Normen zulässigen Beschäftigung deuten, ist ihm zu antworten, dass dies nur für Dienstleistungen als Selbständige gilt. Es 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.

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 zu Stande 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).

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 daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmals 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 Merkmals durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

Insofern sich der Beschwerdeführer mit dem Vorliegen von Werkverträgen verantwortet, ist ihm zu antworten:

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 Nichtherstellung 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. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen 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). Dass entgegen den Ausführungen der belangten Behörde in den "Rechnungen" eine "Werkbeschreibung" enthalten sei, wird auch in der Beschwerde nicht behauptet.

Schon deshalb, weil sich den "Werkverträgen" nicht einmal entnehmen lässt, ob es sich überhaupt bei der behaupteten Vergabe an die Polen um ein abgrenzbares, unterscheidbares "gewährleistungstaugliches" Werk zu dem von der T GmbH herzustellenden Werk handelt, geschweige denn eine Abgrenzbarkeit der von den Polen zu verrichtenden Tätigkeiten untereinander im Vorhinein möglich war, kann die Ansicht der belangten Behörde nicht als rechtswidrig angesehen werden, dass die Behauptung des Bestehens eines Werkvertrages zwischen der T GmbH und den Polen 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 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 des von ihm übernommenen Auftrages (Überschreitung der Leistungsfrist) deutet nicht auf eine Weitergabe eines Teilauftrages an selbständige Werkvertragsnehmer. Dem Beschwerdeführer kam es gerade darauf an, dass die Polen rasch verfügbar waren, eine Vertretungsmöglichkeit wurde nicht behauptet, weshalb von persönlicher Dienstpflicht auszugehen ist. Der Beschwerdeführer hat auch nicht aufgezeigt, dass die Polen - entgegen den Feststellungen der belangten Behörde - hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten weisungsfrei gewesen seien, sondern es wurde von ihm die "Rahmenarbeitszeit" festgesetzt und konkret zugewiesen, "wer welche Fläche zu bearbeiten hatte". Hinzu kommen die vom "täglich" an der Baustelle anwesenden Beschwerdeführer vorgenommenen Kontrollen samt Anordnung von Nachbesserungen. Auch die weiteren von der belangten Behörde aufgezeigten Sachverhaltsmerkmale - diesbezüglich wird auf den oben wiedergegebenen Teil der Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen - weisen in Richtung Verwendung unselbständiger Arbeitskräfte.

Die belangte Behörde ist sohin zu Recht von einer Beschäftigung der Polen in einem Unterordnungsverhältnis, hier in Form zumindest der Arbeitnehmerähnlichkeit, ausgegangen.

Der Beschwerdeführer wendet noch ein, es mangle an der subjektiven Tatseite, weil er Auskünfte der Wirtschaftskammer eingeholt habe. Damit verkennt er, dass es ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist, dass nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (die Wirtschaftskammer ist nicht die zuständige Behörde), im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden könnten; hingegen ist es auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 18. September 2008, Zl. 2008/09/0187). Der Beschwerdeführer hat gar nicht versucht, eine Auskunft der zuständigen Behörde zu erlangen.

Der Beschwerdeführer rügt auch die Strafbemessung. Entgegen seinen Angaben hat die belangte Behörde die schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt. Geringfügiges Verschulden liegt entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht vor, weil es ihm - wie die belangte Behörde unwidersprochen ausführt - gerade darauf ankam, die Arbeitsleistungen von (zum Teil) schon früher bei ihm beschäftigten Mitarbeitern in faktisch unveränderter Funktion durch eine neue Konstruktion mit geringerem Kostenaufwand und geringerem unternehmerischem Risiko weiter in Anspruch zu nehmen. Die belangte Behörde ging dennoch zu Gunsten des Beschwerdeführers (im Hinblick auf die Unterlassung der Einholung von Auskünften bei der zuständigen Behörde) nur von zumindest grob fahrlässiger Begehung aus. Da dem Beschwerdeführer auch der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit unbestrittenermaßen nicht zukommt und die belangte Behörde zuletzt auch spezialpräventive Erwägungen in ihre Überlegungen einbezieht, ist die Strafbemessung nicht als rechtswidrig zu erkennen.

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 24. März 2009