

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

23.04.2009

Geschäftszahl

2009/09/0049

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 KK in D, vertreten durch Bruckner & Emberger & Ullrich-Pansi Rechtsanwälte OG in 8430 Leibnitz, Kadagasse 19, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 15. Jänner 2009, Zl. UVS 33.19-21/2008-17, betreffend Bestrafung 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 15. Jänner 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als Verantwortlicher der T GmbH in St. G zu verantworten, dass diese Gesellschaft im Zeitraum 2. Mai 2007 bis 21. Juni 2007 auf der Baustelle in E einen näher bezeichneten polnischen Staatsangehörigen beschäftigt habe, obwohl für diesen keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides stellte die belangte Behörde im Wesentlichen beruhend auf den als glaubhaft beurteilten Aussagen der als Zeugen in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen H, A und B folgenden Sachverhalt fest:

"Am 06.10.2006 beauftragte die W GmbH die T-Innenausbau mit der Durchführung von Trockenbauarbeiten beim Hotel M-Hof in E. Dieser Auftrag wurde vom Berufungswerber einerseits und Herrn F von der Fa. W andererseits ausverhandelt. Unterfertigt wurde dieser Auftrag für die T-Innenausbau von H am 09.10.2006. Die Auftragssumme betrug 'vorläufig' EUR 85.248,36 und als Beginn der Durchführung war die 41. Kalenderwoche 2006 und die

48. Kalenderwoche 2006 als Fertigstellung angeführt, wobei der Fertigstellungstermin handschriftlich auf KW 25/2007 ausgebessert ist. Da H der einzige Arbeitnehmer der T-Innenausbau war, war von Anfang an beabsichtigt diesen Auftrag in Sub zu vergeben. Zunächst erhielt die Fa. M den gesamten Auftrag zur Montage und Spachtelung im gesamten Umfang. Dieses Unternehmen begann auch im Oktober 2006 mit der Durchführung von Trockenbauarbeiten und arbeitete etwa bis Februar oder März 2007. Bis dahin war etwa ein Viertel bis ein Drittel der Arbeiten erledigt. Dann ist von der Fa. M niemand mehr gekommen, 'deshalb hat Herr KK Personal lukriert, d. h. Leute organisiert'. Der Berufungswerber vereinbarte mit Herrn Z, Geschäftsführer der zwischenzeitig in Konkurs gegangenen J GmbH, dass von dessen Arbeitnehmern DB und TA, der zuvor schon für den Berufungswerber gearbeitet hatte, auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle primär die Montagearbeiten im Trockenausbau durchgeführt werden sollten.

Am 27.04.2007 unterfertigte TW einen von H verfassten Auftrag für die Durchführung der Spachtelarbeiten 'bei unserem Bauvorhaben', wobei bei Bauvorhaben 'Jahresvertrag 2007' angeführt war. Dieser Auftrag wurde

für die T-Innenausbau auch von H am 27.04.2007 unterfertigt. Bei Auftragserteilung erklärte H dem TW anhand von Plänen den Umfang der von ihm bei der verfahrensgegenständlichen Baustelle zu leistenden Arbeiten.

Der Berufungswerber stellte TA sein Firmenfahrzeug als Einzelunternehmer, einen Ford Transit-Bus zur Verfügung und sagte ihm, dass er auch TW abholen und zur Baustelle mitnehmen solle. So fuhren TA, TW und DB, den er ebenfalls abholte, zur verfahrensgegenständlichen Baustelle und abends wieder zurück. Sie arbeiteten von 7.00 Uhr - 17.30 Uhr, wobei sie nicht jeden Tag auf der Baustelle waren, sondern im Zeitraum Mitte Mai bis Mitte Juli etwa an 15 Tagen. TW fuhr etwa 8 - 10 Mal mit TA mit, wobei er, wie DB und TA erstmals am 02.05.2005 bei der gegenständlichen Baustelle arbeitete. DB und TA haben primär Montagearbeiten durchgeführt, daneben aber auch gespachtelt. TW hat primär Spachtelungsarbeiten durchgeführt, aber auch DB bei den Montagearbeiten geholfen. TA hat die Arbeiten aufgeteilt bzw. zugewiesen. Er sagte auch TW in welchen Stockwerken, er welche Räume zu spachteln hatte. H, der auch immer wieder selbst vor Ort war wies TW ebenfalls an, in dem er sagte 'das und das ist noch zu machen oder so'. TA erhielt seine Arbeitsanweisungen vom Berufungswerber oder H oder aber von F, Bauleiter der Baufirma. TW hatte das für die Spachtelungsarbeiten erforderliche Werkzeug selbst. Das erforderliche Material war bereits vor Ort.

Ab 18.06.2007 hat auch Herr RM, Arbeitnehmer der T-Innenausbau, auf der gegenständlichen Baustelle gearbeitet. H kontrollierte die Qualität der von TW ausgeführten Arbeiten und rechnete dessen Arbeit ab; dabei hat TW selbst, die von ihm geleisteten Quadratmeter aufgemessen und wurden diese gemeinsam mit H vor Ort oder im Büro verglichen und nach einer allfälligen notwendigen Korrektur abgerechnet. Es wurde eine Teilrechnung der Fa. TWerspachtelungen an die T-Innenausbau vom 17.07.2007 vorgelegt, bezogen auf das Bauvorhaben M-Hof und die Leistungszeit '05. - 07. - 2007', die einen Betrag in der Höhe von EUR 4.150,00 und handschriftlich hinzugefügt, Abzüge für Deckungsrücklass und Skonto, somit einen Betrag von EUR 3.622,95 ausweist. Weiters wurde handschriftlich hinzugefügt 'Zahlung Teilrechnung 20.07.07 EUR 3.600,00'. Diese Rechnung ist firmenmäßig gefertigt von der T-Innenausbau. Weiters vorgelegt wurde eine Ausgangsrechnung mit der Nr. 05 über den Betrag von EUR 3.600,00 an die Fa. TW, gefertigt ebenfalls von der T-Innenausbau. Nachweise dafür, dass Herr TW diesen Betrag tatsächlich jemals erhalten hat, liegen nicht vor."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde diesen Sachverhalt, dass nach einer Gesamtbetrachtung aller Umstände von einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis 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:

1.) Insofern der Beschwerdeführer sich in der Beschwerde von dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt entfernt (wie etwa, dass sich der Pole seine "Leistungszeit frei einteilen" habe können, die belangte Behörde ist dagegen davon ausgegangen, dass er im Wesentlichen durch den Transport mit dem Ford Transit Bus an die vorgegebenen Arbeitszeiten gebunden war; oder dass der tatsächliche Sitz der Unternehmensleitung in G gewesen sei (zu diesem Punkt siehe unter 2.)), stellt er nur eine Behauptung den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, da die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nämlich nicht befugt, an die Stelle einer schlüssigen Beweiswürdigung der belangten Behörde eine andere, wenngleich ebenso schlüssige Beweiswürdigung zu setzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300).

2.) Der Beschwerdeführer behauptet ohne jede nähere Begründung, jene Adresse, von der aus die Verwaltungshandlungen des Unternehmens hauptsächlich durchgeführt worden seien, wäre G gewesen. Der Tatort sei nicht genannt, weshalb auch Verfolgungsverjährung eingetreten sei.

Die belangte Behörde hat zu diesem Thema ausgeführt:

"Zum Vorbringen der örtlichen Unzuständigkeit der erstinstanzlichen Behörde ist auszuführen, dass der Behauptung in der Berufung, dass sich der Sitz des Unternehmens zur Zeit der angeblichen Tat in G, K Straße 448 befunden habe - im Übrigen durch nichts belegt - nicht richtig ist und diesem Vorbringen nicht gefolgt wird. So ergibt sich nicht nur aus der Eintragung im Firmenbuch der Sitz des Unternehmens mit St. G an der S 178, sondern war dies vielmehr auch der Standort der Gewerbeausübung der T-Innenausbau und zwar bis zum 31.08.2007. Für diesen Standort spricht weiter der von der W GmbH erteilte Auftrag an die 'T-Innenausbau GmbH, Herr KK, St. G an der S 178'. Selbe Adresse wird auch angeführt im Auftrag der T-Innenausbau an TW vom 27.04.2007 und ist auch die von TW an die T-Innenausbau gerichtete Rechnung vom 17.07.2007 an diese Adresse gerichtet. Wesentlich für die Beurteilung sind weiters die Ausführungen H in der Berufungsverhandlung, dass er den Subauftrag mit TW im Büro in St. G an der S unterfertigt habe. Für das Vorbringen des Berufungswerbers ergeben sich daher überhaupt keine Anhaltspunkte, weshalb davon auszugehen ist, dass der Bezirkshauptmann von L zuständige Behörde erster Instanz für die Erlassung des gegenständlichen Straferkenntnisses war."

Die bloße Wiederholung der Behauptung, das Unternehmen sei von G aus geführt worden, kann die Schlüssigkeit dieser Ausführungen nicht erschüttern.

Der Beschwerdeführer ist darauf zu verweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als Tatort jener Ort anzusehen ist, an dem die Beschäftigung eingegangen wurde bzw. der Ort, von dem aus die erforderlichen Bewilligungen zu beantragen gewesen wären; dies ist im Falle von Übertretungen gegen § 28 AuslBG in aller Regel der Sitz der Unternehmensleitung. Hingegen dient die Angabe des Ortes, an dem die illegal beschäftigten Ausländer ihre Arbeitsleistung erbracht haben, nur der näheren Individualisierung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tathandlungen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300). Der Sitz der T GmbH ist im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführt.

3.) Insofern der Beschwerdeführer auf die Gewerbeberechtigung des Polen hinweist, ist ihm zu entgegnen: Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung erkannt hat, ist der bloß formale Umstand, dass der Pole im Besitz (österreichischer) Gewerbeberechtigungen war, für die Beurteilung seiner 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 dabei aber de facto nicht selbständig sind, sind 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.

4.) 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).

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 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 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

5.) 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 im "Jahresvertrag 2007" und in der "Teilrechnung" vom 17. Juli 2007 eine "Werkbeschreibung" in Bezug zum konkreten Bauvorhaben 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 den Polen um ein abgrenzbares, unterscheidbares "gewährleistungstaugliches" Werk zu dem von der T GmbH herzustellenden Werk handelt, geschweige denn eine Abgrenzbarkeit der vom Polen zu verrichtenden Tätigkeiten zu den der anderen an der Baustelle tätigen Personen 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 dem Polen nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspreche.

Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass derartige einfache Hilfsarbeiten wie die hier gegenständlichenerspachtelungsarbeiten, 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).

Insbesondere der Umstand, dass TA und H dem Polen die jeweils zu verrichtende Arbeit zugewiesen und H die "Qualität" der ausgeführten Arbeiten des Polen regelmäßig kontrolliert hat, deutet nicht auf eine Weitergabe eines Teilauftrages an einen selbständigen Werkvertragsnehmer. Der Beschwerdeführer hat auch nicht aufgezeigt, dass der Pole hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten weisungsfrei gewesen sei.

Die Behauptung, dass der Pole eigene "Betriebsmittel" verwendet habe, kann mangels jeglicher Konkretisierung im Zusammenhang mit der diesbezüglich auf den Angaben des Beschwerdeführers beruhenden Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde nur dahingehend verstanden werden, als er "jenes Werkzeug, das für dieerspachtelung erforderlich war", selbst stellte. Da fürerspachtelungsarbeiten lediglich Handwerkzeug von untergeordnetem Wert erforderlich ist, kommt dem keine Bedeutung zu. Hingegen wurde das Material für dieerspachtelungen von der T GmbH beigestellt.

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

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

Wien, am 23. April 2009