

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

14.10.2011

Geschäftszahl

2009/09/0274

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

2009/09/0271 E 14. Oktober 2011

2009/09/0275 E 14. Oktober 2011

2009/09/0273 E 14. Oktober 2011

2009/09/0272 E 14. Oktober 2011

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, über die Beschwerde des CM in P, vertreten durch Schuppich Sporn & Winischhofer, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Falkestraße 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 13. Oktober 2009, Zl. Senat-BN-08-0063, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Parteien: Bundesministerin für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), 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 angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als verantwortliches beauftragtes Organ der L. GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin in W. am 19. April 2007 16 namentlich bezeichnete polnische Staatsangehörige und vom 2. März bis zum 19. April 2007 einen weiteren namentlich genannten polnischen Staatsangehörigen entgegen § 3 AuslBG ohne die erforderliche arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt habe. Er werde wegen Beschäftigung der 16 erstgenannten polnischen Staatsangehörigen mit Geldstrafen von je EUR 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen von je drei Tagen) sowie wegen der Beschäftigung des weiteren polnischen Staatsangehörigen mit einer Geldstrafe von EUR 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tage) bestraft.

Am 19. April 2007 seien die polnischen Staatsangehörigen von Organen der Finanzverwaltung aus Anlass einer Kontrolle auf der Baustelle der L. GmbH in Wien bei der Verrichtung von Trockenbauarbeiten angetroffen worden. Arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen seien nicht erteilt gewesen. Der Beschwerdeführer sei zum Zeitpunkt des Vorfalls zum verantwortlichen Beauftragten der L. GmbH bestellt gewesen (§ 9 Abs. 2 VStG). Betriebsgegenstand der L. GmbH sei der Innenausbau. Die L. GmbH habe im Auftrag der ARGE H. auf der gegenständlichen Baustelle das Gewerk "Trockenbau" ausgeführt. Die L. GmbH habe ihren Auftrag dadurch erfüllt, dass sie Arbeitskräfte der L., der M. OEG, der J. OEG sowie der A. GmbH für Montagearbeiten eingesetzt habe. Die ausländischen Staatsangehörigen seien der L. GmbH von den genannten Unternehmen zur Verfügung gestellt worden. Aus den Vertragsurkunden ergebe sich als Vertragsgegenstand jeweils gleich lautend "komplette Montage von abnahmefertigem Trockenbau". Die Vertragsgestaltung sei grundsätzlich in allen Fällen (mit allen bezeichneten Unternehmen) gleich gewesen. Die den Vereinbarungen zu Grunde gelegten Leistungsverzeichnisse seien dem für die L. GmbH auf Grund des Auftragsverhältnisses zur ARGE H.

maßgeblichen Leistungsverzeichnis entnommen worden. Die Leistungsverzeichnisse hätten jeweils nur die Einheitspreise nach Quadratmetern enthalten. Die Preise hätten ausschließlich Lohnanteile enthalten, nicht jedoch Materialkosten oder sonstige Kosten. Die Materialbestellung auf der Baustelle sei durch die L. GmbH erfolgt.

Auf der Baustelle habe es einen Bauleiter bzw. Projektleiter (R P.) und einen Obermonteur (J S.) der L. GmbH gegeben. Der Bauleiter habe sich fallweise, die Obermonteure hätten sich mehrmals in der Woche auf der Baustelle aufgehalten. Aufgabe des Obermonteurs sei gewesen, die Koordination in Bezug auf die anderen Gewerke vorzunehmen und Abstimmungsgespräche mit den Bauherren in Bezug auf Planunterlagen zu führen. Die Ausführung der Arbeiten habe stockwerkweise stattgefunden. An Hand der Pläne sei klar gewesen, was zu tun sei. Der Obermonteur habe darauf geachtet, dass alles termingemäß ablaufe. Es habe eine Abnahme der erbrachten Leistungen gegeben, bei welcher der Obermonteur oder der Bauleiter anwesend gewesen seien und kontrolliert hätten, ob die Arbeitsleistungen erfolgreich erbracht worden seien. Der Projektleiter R P. habe an den Vertragsabschlüssen mit den vier genannten Subunternehmen mitgewirkt, die die Leistungsverzeichnisse anteilig so übernommen hätten, wie sie die L. GmbH von ihrem Auftraggeber erhalten habe. Bei den herangezogenen Firmen habe es sich um Montagefirmen gehandelt. Das Bauwerk habe 22 Etagen umfasst. Es habe nur stockwerkweise vorgegangen werden können, damit jeder wüsste, was zu tun sei. Es sei auch dazu gekommen, dass Stockwerke "gewechselt" worden seien. Dies sei mit dem jeweiligen Subauftragnehmer nicht mehr schriftlich vereinbart worden. Manchmal habe auch eine "Etagenteilung" stattfinden müssen. Auf der Baustelle sei für die Materialbestellung und die Baustellenorganisation ein Mitarbeiter der L. GmbH zuständig gewesen. Es seien täglich ca. zwei Sattelzüge mit Gipskartonplatten und Profilen angeliefert worden. Aus einer Stockwerksliste sei ersichtlich gewesen, welche Firma wo gearbeitet habe. Mit dem Ansprechpartner des jeweiligen Subunternehmers sei besprochen worden, dass der Montagelohn um EUR 2,-- (pro m2) höher sein würde, wenn die Arbeit sauber gemacht worden sei. Dies sei lediglich mündlich vereinbart und danach in der Abrechnung berücksichtigt worden. Die Bauteile auf der gegenständlichen Baustelle seien "zu 99,9 % gleich gewesen". Abänderungen hätten sich durch Mieterwünsche ergeben. Die Abänderungen seien durch eine Pauschale abgegolten worden. Mängelbehebungen seien durch die Subauftragnehmer durchzuführen gewesen. Der Obermonteur J S. sei von Montag bis Donnerstag auf der Baustelle gewesen und habe den Leuten gezeigt, wo sie arbeiten sollten.

Die genannten ausländischen Staatsangehörigen hätten im Wesentlichen Spachtelarbeiten und Trockenbauarbeiten verrichtet und seien von ihrem Auftraggeber (den Subunternehmen der L. GmbH) nach Quadratmetern oder nach Stunden entlohnt worden. Sie hätten die Tätigkeit mit eigenem Werkzeug ausgeführt. Zu Beginn seien Pläne übergeben worden. Es habe sich um relativ einfache Montagearbeiten gehandelt, die keine aufwändige handwerkliche Ausbildung erforderten und bei denen jeder gewusst habe, was zu tun sei. Es sei keine ständige Beaufsichtigung, sondern lediglich Kontrollen in bestimmten Zeitabständen erforderlich gewesen. Die gesamte Organisation und die Baustellenabwicklung in Bezug auf dieses Gewerk, wie insbesondere die Materialbeschaffung, die Verteilung des angelieferten Materials auf die Stockwerke, die Baustellenlogistik (beispielsweise der Baustellenkran), sei durch die L. GmbH erfolgt.

Für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG statfinde und solchen, bei denen dies nicht der Fall sei, sei grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 AÜG könne auch vorliegen, wenn nicht alle, sondern nur einzelne der beispielsweise genannten Tatbestände des § 4 Abs. 2 Z. 1 bis 4 AÜG verwirklicht seien. Die vorliegenden Verträge mit den Subunternehmen würden kein von vornherein abgrenzbares, unterscheidbares, gewährleistungstaugliches Werk enthalten, weil sich jede der Vereinbarungen ohne nähere Individualisierung auf die Montage von Trockenbau in einem bestimmten Zeitraum beziehe. Keine dieser Vereinbarungen bestimme von vornherein einen bestimmten Bereich der gegenständlichen Großbaustelle. Die genaue Zuteilung und Bearbeitung der einzelnen Stockwerke sei den jeweiligen Geschehnissen im unmittelbaren Arbeitsablauf vorbehalten gewesen. Es handle sich um Arbeiten, die auch mengenmäßig im Vorhinein nicht bestimmt gewesen seien, die allenfalls im unmittelbaren Arbeitsablauf beschreibbar und somit erst nachträglich bestimmbar gewesen seien. Derartige einfache Hilfsarbeiten würden typischerweise kein selbständiges Werk darstellen.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen hat:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 101/2005, gilt als Beschäftigung die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
- 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.

Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Gemäß Abs. 2 leg. cit. liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber (Z. 1) kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder (Z. 2) die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder (Z. 3) organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder (Z. 4) der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 99/2006 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 eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht die Feststellungen der belangten Behörde, dass er zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt als Geschäftsführer jener GmbH, die auf der gegenständlichen Baustelle Innenausbauarbeiten durchführte, die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung trug und dass die im angefochtenen Bescheid angeführten ausländischen Staatsangehörigen auf der Baustelle dieser GmbH zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt Arbeitsleistungen erbracht haben. Er bringt indes vor, der von den Subunternehmen übernommene Leistungsbereich sei jeweils klar definiert und von anderen Leistungsbereichen von vornherein abgrenzbar gewesen. Das Bauvorhaben habe 22 im Wesentlichen idente Stockwerke umfasst. Die Subunternehmer hätten jeweils die Ausführung gesamter Stockwerke übernommen und die erbrachten Leistungen nach Stockwerken gegenüber der L. GmbH abgerechnet. Die Kontrolle am 19. April 2007 habe im 17. Stockwerk stattgefunden, das je zur Hälfte von den Subunternehmern M. OEG und J. OEG ausgeführt worden seien. Die Kontrollorgane hätten nur Personen angetroffen, die einem der beiden Subunternehmer zuzuordnen gewesen seien. Die Subunternehmer seien in ihrer Dispositionsgewalt völlig frei gewesen. Sie hätten die von ihnen übernommenen Montagetätigkeiten in den jeweiligen Stockwerken mit eigenem Werkzeug und Kleinmaterial völlig eigenverantwortlich durchgeführt. Mit Ausnahme des Obermonteurs J. S. seien auf der Baustelle keine Mitarbeiter der L. GmbH anwesend gewesen. Es sei auch keine Abrechnung von Leistungen der genannten ausländischen Staatsangehörigen gegenüber der L. GmbH erfolgt. Die von der L. GmbH beauftragten Subunternehmen hätten im Rahmen ihrer Gewährleistungsverpflichtungen Mängel zu beheben. Es werde zwar zugestanden, dass es sich bei Trockenausbau- oder Spachtelarbeiten um relativ einfache, oft bloß mengenmäßig bestimmte Arbeiten handle. Das bedeute jedoch nicht, dass im Fall der Durchführung dieser Arbeiten durch ein beauftragtes Unternehmen stets das Vorliegen der Überlassung von Arbeitskräften anzunehmen wäre. Qualitäts- und Terminkontrollen durch die auf der Baustelle anwesenden Mitarbeiter der L. GmbH seien nicht geeignet, eine Weisungshierarchie zwischen dem Obermonteur bzw. dem Bauleiter der L. GmbH und den Ansprechpartnern (Geschäftsführer, persönlich haftende Gesellschafter) der Subunternehmer einerseits bzw. Arbeitskräften dieser Subunternehmer andererseits zu begründen. Die Vertragsverhältnisse mit den genannten Subunternehmen seien als "echte Werkverträge" zu qualifizieren. Die verfahrensgegenständlichen Ausländer seien im Betrieb des jeweiligen Subunternehmers tätig geworden. Im Übrigen treffe den Beschwerdeführer kein Verschulden, weil er in Anbetracht der mit den Subunternehmen geschlossenen Werkverträge keine Verpflichtung gesehen habe, die Werkunternehmer über ihre gewerberechtlichen Befugnis hinaus auf das Vorhandensein von arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen zu kontrollieren. Im Übrigen müsse es im Sinn der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV und des freien Dienstleistungsverkehrs iSd Art. 49 EGV zulässig sein, "selbständig erbrachte Leistungen von in Österreich niedergelassenen polnischen Staatsbürgern entgegenzunehmen, ohne Rechtsnachteile zu gewärtigen".

Im vorliegenden Fall kann die Beurteilung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig erachtet werden, dass die Aspekte einer Arbeitskräfteüberlassung und damit einer Beschäftigung der Ausländer durch das vom Beschwerdeführer als verantwortlicher Beauftragter vertretene Unternehmen überwogen und daher eine bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG vorlag. Im Hinblick auf das Kriterium des § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG ist festzuhalten, dass die ausländischen Arbeitskräfte jedenfalls der Art nach (wenn auch räumlich möglicherweise abgrenzbar) kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH abweichendes, unterscheidbares Werk hergestellt haben, und zwar in Erfüllung eines an das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen erteilten Gesamtauftrages. Im Hinblick auf das Kriterium des § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG blieb unbestritten, dass die Arbeitsleistungen ausschließlich mit dem Material der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH geleistet wurden und dass in den "Subunternehmerverträgen" mengenmäßig festgesetzten Preisen der einzelnen Leistungspositionen nahezu ausschließlich Lohnanteile enthalten waren. Das von den Arbeitskräften selbst mitgebrachte einfache Werkzeug fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. Im Hinblick auf das Kriterium des § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG, nämlich darauf, ob und inwieweit die Arbeitskräfte

organisatorisch in den Betrieb des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens eingegliedert waren und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden, wurde festgestellt, dass die Arbeit der eingesetzten ausländischen Arbeitskräfte einer praktisch durchgehenden Qualitätskontrolle durch den Obermonteur bzw. den Bauleiter des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens unterlagen. Weder dem Vorbringen des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren noch der Beschwerde ist ein Hinweis darauf zu entnehmen, ob und auf welche Weise allenfalls eine Aufsicht über die Arbeitskräfte hinsichtlich der Qualität und Menge ihrer Arbeitsleistungen sowie etwa der Einhaltung der Arbeitszeit durch die "Subunternehmen" erfolgt wäre.

Liegt aber bereits auch nur eines der in § 4 Abs. 2 AÜG genannten Kriterien vor, ist von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Selbst wenn man daher mit dem Beschwerdeführer davon ausginge, dass im vorliegenden Fall Werkverträge mit den Subunternehmen vorlägen, so kann das Ergebnis der von der belangten Behörde anhand der Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG angestellten Gesamtbeurteilung letztlich nicht als rechtswidrig erachtet werden. In Anbetracht der Überlassung der ausländischen Arbeitskräfte an das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen war deren Verwendung gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG als Beschäftigung zu qualifizieren (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 9. November 2009, Zl. 2007/09/0345, und vom 25. März 2010, Zl. 2008/09/0292, jeweils mwN). Zu den unionsrechtlichen Argumenten des Beschwerdeführers genügt der Hinweis, dass es sich vorliegend nicht um selbständige Tätigkeiten der ausländischen Staatsangehörigen gehandelt hat (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 31. Juli 2009, Zl. 2008/09/0261) und dass nach Anhang XII Z. 2 der Beitrittsakte Polens zur Europäischen Union die früheren Mitgliedstaaten berechtigt sind, während eines Übergangszeitraumes bis zu sieben Jahren (Z. 5) den Zugang polnischer und slowakischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Österreich hat von dieser Möglichkeit durch die Erlassung des § 32a Abs. 1 AuslBG Gebrauch gemacht, wonach polnische Staatsangehörige den Bestimmungen des AuslBG unterfallen.

Wenn der Beschwerdeführer schließlich vorbringt, ihn treffe kein Verschulden, weil er die Verträge mit den Subunternehmern als Werkverträge verstanden und daher keine Verpflichtung gesehen habe, die Subunternehmen auf das Vorhandensein der erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen für die eingesetzten ausländischen Arbeitskräfte zu kontrollieren, so kann ihm nicht gefolgt werden. Übertretungen nach dem § 28 Abs. 1 AuslBG sind Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. In einem solchen Fall ist das verantwortliche Organ strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. In einem solchen Fall hat bei Erfüllung des objektiven Tatbildes der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft. Solange dies nicht der Fall ist, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es wäre daher Sache des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf. Dies hat er nicht getan. Soweit er sich der Sache nach darauf beruft, er habe sich über den Inhalt seiner Verpflichtungen in einem Rechtsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG befunden, ist ihm zu entgegnen, dass ihn die Verpflichtung getroffen hat, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen. Er hat weder im Verwaltungsverfahren noch in der Beschwerde dargetan, dass es ihm unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, sich unter Schilderung der tatsächlichen Tätigkeitsabläufe bei der zuständigen Behörde rechtlich beraten bzw. aufklären zu lassen. Ihm hätte als Unternehmer in dieser Branche daher bekannt sein müssen, dass auch Werkverträge unter den hier vorliegenden Umständen als Arbeitskräfteüberlassung iSd § 4 Abs. 2 AÜG gelten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2011, Zl. 2009/09/0022, mwN). Der angefochtene Bescheid kann daher auch hinsichtlich der Annahme eines Verschuldens des Beschwerdeführers nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Hinsichtlich der Strafbemessung, die im Übrigen nicht näher bekämpft wird, ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde den Beschwerdeführer nicht in seinen subjektivöffentlichrechtlichen Rechten verletzt, zumal die Strafen im unteren Bereich des hier anwendbaren dritten Strafsatzes des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG liegen und Gründe für eine Strafmilderung gemäß § 21 VStG oder aber für ein Absehen von der Strafe gemäß § 21 VStG nicht ersichtlich waren.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 14. Oktober 2011