

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

25.02.2010

Geschäftszahl

2009/09/0287

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2009/09/0288

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 Beschwerden 1.) des CL und 2.) der RB, beide in P, beide vertreten durch Mag. Egmont Neuhauser, Rechtsanwalt in 3270 Scheibbs, Rathausplatz 4, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich, Außenstelle Wiener Neustadt, jeweils vom 21. Oktober 2009,

1.) Zl. Senat-MD-08-1237 und 2.) Zl. Senat-MD-08-1238, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das jeweilige Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit den im Instanzenzug ergangenen Bescheiden der belangten Behörde vom 21. Oktober 2009 wurden der Erstbeschwerdeführer und die Zweitbeschwerdeführerin jeweils schuldig erkannt, sie seien als Arbeitgeber dafür verantwortlich, dass jeweils im Zeitraum vom 10. April 2007 bis 13. April 2007 und vom 4. Juni 2007 bis 5. Juni 2007 auf der Baustelle in P drei näher bezeichnete polnische Staatsangehörige mit Durchbrucharbeiten von Mauerwerken beschäftigt worden seien, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Die Beschwerdeführer haben dadurch jeweils drei Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden jeweils drei Geldstrafen (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt.

In der im Wesentlichen gleichlautenden Begründung der angefochtenen Bescheide stellte die belangte Behörde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung folgenden Sachverhalt fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Der (Erstbeschwerdeführer) ist zu einem Drittel Eigentümer der Liegenschaft P. Auf dieser Liegenschaft befindet sich ein Gebäude. Zu den anderen zwei Dritteln befindet sich die Liegenschaft P im Eigentum der (Zweitbeschwerdeführerin). (Zweitbeschwerdeführerin) und (Erstbeschwerdeführer) planten das Haus zu renovieren. Bei einem Besuch bei der Familie EW, dem Schwager der (Zweitbeschwerdeführerin), trafen die beiden (Beschwerdeführer) im März 2007 die drei spruchgenannten polnischen Staatsangehörigen und vereinbarten, dass sie die polnischen Staatsangehörigen SJ, SM und MM im Haus P die Stemmarbeiten für die Elektro- und Sanitärinstallation durchführen sollten.

Der (Erstbeschwerdeführer) vereinbarte mit SM, der der deutschen Sprache am Besten von den Dreien mächtig war, dass die drei Polen im Haus an den von dem jeweiligen Installateur gekennzeichneten Stellen Stemmarbeiten durchführen sollten. Der (Erstbeschwerdeführer) vereinbarte mit SM einen Pauschalpreis, übergab er das Entgelt an SM, erhielt er im Gegenzug dazu von Herrn SM die Rechnungen, die jeweils auf (den Erstbeschwerdeführer) und (die Zweitbeschwerdeführerin) lauteten. Die polnischen Staatsangehörigen SJ, SM und MM führten im Haus P vom 10.04.2007 bis 13.04.2007 Stemmarbeiten für die Sanitärinstallationen durch, führten vom 04.06. bis 05.06.2007 die Stemmarbeiten für die Elektroinstallationen durch.

Die (Zweitbeschwerdeführerin) wusste, dass die drei polnischen Staatsangehörigen in dem ihr zu zwei Dritteln gehörenden Haus Stemmarbeiten verrichteten. Sie wusste, dass der (Erstbeschwerdeführer) diese Arbeiten bezahlte.

Die drei polnischen Staatsangehörigen MM, SM sowie SJ verfügten über österreichische Gewerbebescheine für:

1. *'Herstellung von Öffnungen im Mauerwerk, sofern dadurch das konstruktive Gefüge von Bauwerken nicht berührt wird'*
2. *'Verspachteln von Fugen in Betonflächen sowie von bereits montierten Gipskartonplatten'*
3. *'Agrardienstleistungsservice, das ist Arbeiten zur Futter- und Strohbergung sowie Mulchen und Holzzerkleinerung in Lohnarbeit.'*

Die drei polnischen Staatsangehörigen legten an (den Erstbeschwerdeführer) und (die Zweitbeschwerdeführerin) Rechnungen, welche von der Schwester der (Zweitbeschwerdeführerin) verfasst wurden. Die drei Polen wohnten zum Tatzeitpunkt in einem gemieteten Zimmer, hatten keinerlei Unternehmensstruktur, wurde das Material und das Werkzeug von dem Bauherrn zur Verfügung gestellt, wurde ein Pauschalpreis vereinbart, der Betrag in der Folge durch drei geteilt. Die Gewerbeberechtigungen erlangten die drei polnischen Staatsangehörigen mit Hilfe des Steuerberaters der Frau TW, nachdem sie sich erkundigt hatten, welche Gewerbe man ohne Befähigungsnachweis anmelden kann. Hinsichtlich einer allfälligen Gewährleistung wurden keine näheren Vereinbarungen getroffen, erhielten die Polen von den Bauherrn die Anweisungen, was genau zu tun ist. Über arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen verfügte keiner der drei polnischen Arbeiter.

Aufgrund dieses Ermittlungsergebnisses kommt die Berufungsbehörde zu dem Ergebnis, dass die spruchgenannten angeführten polnischen Staatsangehörigen MM, SM und SJ in einem unselbständigen arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis zu den (Beschwerdeführern) standen. Bei der Durchführung von Stemmarbeiten handelte es sich nach Ansicht der Berufungsbehörde um einfache manipulative Tätigkeiten, die kein selbständiges Werk darstellen, war es offensichtlich für die beiden (Beschwerdeführer) billiger die drei Polen mit den Stemmarbeiten zu beauftragen, als die Stemmarbeiten vom jeweiligen Installateur durchführen zu lassen."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde diesen Sachverhalt, dass nach einer Gesamtbetrachtung aller Umstände von unselbständiger Beschäftigung der Polen durch die Beschwerdeführer auszugehen sei.

Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden Beschwerden.

Die belangte Behörde legte die Akten der Verwaltungsverfahren vor und erstattete Gegenschriften, in denen sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Verbindung der Beschwerden auf Grund ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung erwogen:

A) Die Beschwerdeführer treten dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt unter Hinweis auf das Vorbringen sämtlicher einvernommenen Personen in der mündlichen Verhandlung in konkreter Weise entgegen. Sie rügen damit Aktenwidrigkeit, Unvollständigkeit der Sachverhaltsfeststellung bzw. Unschlüssigkeit der Beweiswürdigung.

Nach dem gemäß § 67 AVG auch von der Berufungsbehörde anzuwendenden § 60 leg. cit. sind in der Begründung des Berufungsbescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Demnach muss in der Bescheidbegründung in einer eindeutigen, die Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichenden und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes zugänglichen Weise dargetan werden, welcher Sachverhalt der Entscheidung zu Grunde gelegt wurde, aus welchen Erwägungen die Behörde zu der Ansicht gelangte, dass gerade dieser Sachverhalt vorliege und aus welchen Gründen sie die Subsumtion dieses Sachverhaltes unter einen bestimmten Tatbestand als zutreffend erachtete (vgl. die in Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2 (1998), Seite 1044 wiedergegebene ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes).

Die Beweiswürdigung ist ein Denkprozess, der nur insofern einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorganges handelt bzw. darum, ob die Beweisergebnisse, die in diesem Denkvorgang gewürdigt wurden, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden sind. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes, nicht aber deren konkrete Richtigkeit (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053).

Die belangte Behörde hat nicht dargetan, dass sie die Aussagen der Beschwerdeführer und der zwei einvernommenen Polen als unglaubwürdig ansehe. Eine ausdrückliche Beweiswürdigung ist im angefochtenen Bescheid nicht enthalten. Geht man aber von der Glaubwürdigkeit dieser Aussagen aus, so erweist sich der festgestellte Sachverhalt in wesentlichen Punkten als unvollständig und auf einer unschlüssigen Beweiswürdigung beruhend.

1) Unstrittig ist, dass die Beschwerdeführer Eigentümer der gegenständlichen Liegenschaft sind und Stemmarbeiten für Sanitär- und Elektroinstallationen in diesem Haus von den verfahrensgegenständlichen Polen durchgeführt wurden.

2) Strittig ist der Zeitpunkt, wann der Vertrag über die Durchführung der Stemmarbeiten geschlossen wurde. Die Beschwerdeführer wenden insbesondere ein, dass die Polen anlässlich des ersten Kontaktes im März 2007 noch nicht über Gewerbeberechtigungen verfügt hätten; der Vertrag über die Ausführung der Stemmarbeiten sei erst geschlossen worden, als die Gewerbeberechtigungen ausgestellt gewesen seien.

Obgleich die Aussagen der Beschwerdeführer und aller Zeugen entgegen der Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde gegen einen Vertragsschluss bereits im März 2007 "bei einem Besuch bei der Familie EW" deuten und die Beweiswürdigung für ihre Annahme kein Argument zur Seite hat, ist dieser Umstand im Hinblick auf die Bedeutungslosigkeit des Vorliegens von Gewerbeberechtigungen für das Ergebnis belanglos.

3) Bedeutung erlangt der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aber im Hinblick auf die Beurteilung, ob es sich um einen Werkvertrag handeln könnte.

Dazu, zum Hergang des Zustandekommens des Vertrages und dessen Inhalt sind die Feststellungen unvollständig. Der Erstbeschwerdeführer hatte dazu ausgesagt:

"Der Erstkontakt hat so in etwa Mitte bis Ende März 2007 auf der Liegenschaft des Hrn. EW stattgefunden." Es wird dargetan, dass die Polen anschließend Gewerbebescheine anstrebten und diese ausgestellt erhielten. Zur Vorgangsweise bei der Auftragsvergabe gab der Erstbeschwerdeführer an, "vereinbart war, dass sie die Mauer aufgrund der gekennzeichneten Stellen öffnen sollten, es war ein Pauschalpreis mit den Dreien vereinbart. Die Vereinbarung habe ich mit MS getroffen. Für mich war das ein Pauschalpreis, ist das eingehalten worden, hat das alles gepasst. ... Das Geld wurde dann von mir an MS übergeben. Ich habe von MS dann die Rechnungen erhalten. ... Ich kann nur sagen, dass die drei Polen die

Stemmarbeiten entsprechend den Markierungen des Installateurs ausgeführt haben. Ich bin Softwareentwickler. Bei den einzelnen Aufträgen handelt es sich um zwei getrennte Aufträge, wurden im April 2007 die Sanitärinstallationen verlegt, im Juni 2007 dann die Elektroinstallationen. Dafür waren jeweils Stemmarbeiten erforderlich. In beiden Fällen hat der jeweilige Installateur markiert, wo gestemmt werden soll. In beiden Fällen wurde vorher ein Pauschalpreis vereinbart."

MS hatte nach Hinweis auf seine unter Beiziehung eines Dolmetsch abgelegte Aussage vom 28. Juni 2007, die laut Verhandlungsprotokoll verlesen war, in der mündlichen Verhandlung angegeben, er sei mit JS und ML nach Österreich gekommen, um ein "Auto zum Arbeiten" zu kaufen. Sodann schildert er die Erlangung eines Gewerbebescheines, weil er legal in Österreich habe arbeiten wollen. Er habe den Erstbeschwerdeführer bei EW zum ersten Mal getroffen. Dieser habe gesagt, "wenn wir die Gewerbeberechtigung haben, können wir bei ihm im Haus Renovierungsarbeiten durchführen. Ich habe von (Erstbeschwerdeführer) dessen Telefonnummer erhalten. Ich habe dann (Erstbeschwerdeführer) angerufen und ihm mitgeteilt, dass wir aufgrund der Auskunft des Steuerberaters schon arbeiten durften. Wir haben uns dann Anfang April mit (Erstbeschwerdeführer) auf der Baustelle getroffen, hat er uns gezeigt, was wir machen sollten. Wir haben uns auf der Baustelle die Arbeiten dann angeschaut, waren Stemmarbeiten durchzuführen, waren schon Markierungen, von wem weiß ich nicht, angebracht, waren die Stemmarbeiten für Schläuche und Rohre zu machen, haben wir einen Pauschalpreis von EUR 1.800,-- für alle drei vereinbart."

In der erwähnten Niederschrift vom 28. Juni 2007 hatte MS erklärt, dass ihnen auf einer Baustelle die zu verrichtenden Arbeiten gezeigt würden. Dann sähen sie sich die Arbeiten an, schätzten wie lange sie arbeiten würden und gäben dann ihre Preisvorstellung bekannt. Dann verhandelten sie mit dem Bauherrn, wenn es ihm zu teuer sei. Es werde ein Pauschalpreis verhandelt.

Die Aussage des JS weicht im Wesentlichen nicht von diesen Aussagen ab.

Im Hinblick auf diese nicht als unglaublich erachteten Aussagen beruht die Feststellung der belangten Behörde zum Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages auf einer unschlüssigen Beweiswürdigung.

4) Zu den Feststellungen, dass die Polen über "keinerlei Unternehmensstruktur" verfügten, übergeht die belangte Behörde die diesbezüglich ausführlichen Angaben des MS in der Niederschrift vom 28. Juni 2007. MS hatte seinen Gewerbebetrieb folgendermaßen beschrieben:

"Mein Firmensitz ist in O. Wir haben zu dritt eine Garage zur Verfügung. Dort steht mein Auto und ein alter Tisch, wo wir unser Werkzeug aufbewahren. Wir haben Hämmer, Spachteln, Stemmeisen, Bohrmaschine. Wir haben sonst keine Maschinen. Bisher haben wir auch schon Maschinen vom jeweiligen Bauherrn ausgeborgt. Wir

wohnen zu dritt in einem Zimmer ... Monatlich bezahlen wir an

Hrn. G insges. EUR 50. Strom, Wasser und Heizung sind inkludiert. Quittungen gibt es dafür nicht, auch keinen schriftlichen Mietvertrag. Buchhaltung haben wir alle drei nicht, sondern nur unsere Rechnungsblöcke. Ich habe kein Bankkonto in Österreich. Bei den Auftraggebern kassiere ich in bar ein."

Zur Suche nach Aufträgen hatte MS vorgebracht, dass sie mit dem Auto herumfahren würden und Baustellen suchten. Dazu benützten sie sein privates Kfz, das er auf eine Adresse in Österreich angemeldet habe. Bisher hätten sie eine konkret benannte Baustelle selber gefunden, die anderen Baustellen habe ihnen EW vermittelt.

Damit wurde eine geringe Unternehmensstruktur, das Vorhandensein von Betriebsmitteln (die Wertung hat sich am geplanten bzw. ausgeübten Betriebszweck zu orientieren) und ansatzweise ein planmäßiges Vorgehen bei der Suche nach wechselnden Auftraggebern vorgebracht.

5) Zur festgestellten Beistellung von Material und Werkzeug durch den Erstbeschwerdeführer:

Dies steht mit dem Akteninhalt insofern nicht im Einklang, als aus dem Verwaltungsakt nicht zu ersehen ist, dass für die Durchführung der gegenständlichen Stemmarbeiten überhaupt Material erforderlich gewesen sei. An Werkzeug wurde nach den übereinstimmenden Aussagen das Werkzeug der Polen verwendet, lediglich für eine Stelle, "wo wir mit unserem Werkzeug nicht arbeiten konnten", wurde nach telefonischer Zustimmung des Erstbeschwerdeführers eine an der Baustelle befindliche "stärkere Bohrmaschine" des Erstbeschwerdeführers verwendet. Dass darüber hinaus Werkzeug erforderlich gewesen wäre, ist nicht hervorgekommen.

6) Zu den Feststellungen, dass die Polen "von den Bauherrn die Anweisung, was genau zu tun ist", erhalten haben:

Dies ist einerseits nicht mit dem Akteninhalt im Einklang, als es sich nach den Aussagen nicht um die "Anweisung", was zu tun sei, gehandelt habe, sondern um das Zeigen der durchzuführenden Arbeiten vor Abschluss des Vertrags über deren Durchführung.

Andererseits ist die Feststellung insofern unvollständig, als wesentlich für eine Bewertung der durchzuführenden Arbeiten der Zeitpunkt ist, zu dem die durchzuführenden Arbeiten gezeigt werden (siehe dazu auch die Ausführungen unter 3)). Erfolgt dies vor Abschluss eines Auftrages, so stellt dieser Vorgang die Möglichkeit dar, das Ausmaß der in dieser Weise "in natura" genau bezeichneten Arbeiten abzuschätzen und darauf beruhend ein Angebot zu legen, wäre also in Richtung eines selbständigen Werkes aussagekräftig. Wird die durchzuführende Arbeit aber erst nach Abschluss eines Vertrages zugewiesen, in dem ein Werk nicht konkret bezeichnet ist, so deutete dies in Richtung unselbständiger Tätigkeit.

B) Diese Mängel sind auch relevant.

1) Vorweg ist den Beschwerdeführern auf ihren Einwand, die Polen dürften ihre Tätigkeit schon auf Grund ihrer Gewerbebescheinigung 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, sowie das hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2009, Zl. 2008/09/0350).

2) 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).

Die Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) wird dann anzunehmen sein, wenn zwar die für ein "echtes" Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einem solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012). Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt -

nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (Werkvertrag oder freier Dienstvertrag; vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0011). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2003, Zl. 2000/09/0208). Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012).

Als typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung werden etwa die Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers, Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, persönliche Leistungspflicht, Beschränkung der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit, Berichterstattungspflicht, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Arbeit nur für einen oder nur eine geringe Zahl von Auftraggebern, Unternehmensbindung, Entgeltlichkeit oder direkter Nutzen der Arbeitsleistung für den Auftraggeber, Arbeit gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen (wie z.B. durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten, etc.), genannt.

Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht hingegen, dass der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert (wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist).

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).

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 im Vorhinein 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).

Im gegenständlichen Fall könnte auf Grund der dargestellten Aussagen aber ein bereits vor Vertragsabschluss zur Ausführung der Stemmarbeiten durch Anzeichnen der durchzuführenden Arbeiten durch den Sanitärinstallateur einerseits und den Elektroinstallateur andererseits "in natura" konkret umrissenes Werk vorliegen, für das nach Kalkulation durch MS ein Pauschalpreis angeboten und sodann der Auftrag zur Ausführung zwischen MS und dem Erstbeschwerdeführer geschlossen wurde. Damit könnte es sich bei den gegenständlichen Aufträgen an die Polen um die Herstellung von abgrenzbaren, unterscheidbaren "gewährleistungstauglichen" Werken handeln.

Zwar hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen Fällen ausgesprochen, dass einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998,

Zl. 96/09/0183, mwN). Der gegenständliche Fall unterscheidet sich aber insofern, als es sich zwar um relativ einfache Hilfsarbeiten auf einer Baustelle handelt, jedoch nach den vorliegenden Aussagen kein unmittelbares zeitliches Zusammenwirken vorzuliegen scheint, als es auf einige Zeit früher oder später bei der Ausführung nicht anzukommen scheint.

Andererseits könnte auch ein sogenannter "freier Dienstvertrag" gegeben sein. Während beim Werkvertrag ein bestimmter Erfolg geschuldet wird, ist beim freien Dienstvertrag die Arbeit selbst Leistungsinhalt. Ein freier Dienstvertrag unterscheidet sich von einem "echten" Dienstvertrag dadurch, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete diese Dienstleistung in persönlicher Selbständigkeit und Unabhängigkeit zu erbringen hat; es fehlen insbesondere eine dem Dienstvertrag vergleichbare Weisungsgebundenheit, die Bindung an bestimmte Arbeitszeiten und für den freien Dienstnehmer besteht die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern. Der freie Dienstvertrag ist kein solcher im Sinne des § 1151 ff ABGB, diese Bestimmungen sind nicht unmittelbar anzuwenden; er begründet kein Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis. Wer somit den Ablauf der Arbeit selbständig regeln und jederzeit ändern kann, wer durch Vertretungsmöglichkeiten selbst über Prioritäten im Einsatz seiner Arbeitskraft entscheiden kann, ist nicht Arbeitnehmer (eines "echten" Dienstvertrages) sondern freier Dienstnehmer. Freie Dienstnehmer unterliegen grundsätzlich nicht dem AuslBG (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2003, Zl. 2000/09/0208).

Im gegenständlichen Fall könnten nach den vorliegenden Aussagen die Polen sowohl hinsichtlich der Arbeitszeit, als auch dem arbeitsbezogenen Verhalten frei gewesen sein. Auf das Fehlen einer persönlichen Arbeitspflicht scheint die Aussage des MS hinzuweisen, er sei nur zwei Tage auf der Baustelle gewesen, weil er nach Polen habe müssen. Gegen eine laufende Kontrolle spricht insbesondere die Aussage des Erstbeschwerdeführers, er wäre auf Grund seiner Berufstätigkeit fachlich dazu gar nicht im Stand; der Aussage der Zweitbeschwerdeführerin, "am Wochenende waren wir dann meistens auf der Baustelle und haben kontrolliert, was wochentags passiert ist", ist ebenfalls keine über die sachliche Kontrolle des Baufortschritts hinausgehende laufende, persönliche Kontrolle zu entnehmen. Dass die Polen bestrebt waren, andere Aufträge durch Umherfahren zu erhalten und dies, wenngleich nur in einem Einzelfall, zum gegenständlichen Tatzeitraum bereits gelungen sei, sowie dass ihnen durch EW weitere Aufträge vermittelt worden seien, wurde bereits oben dargetan. Sie scheinen damit eine Tätigkeit nicht nur für eine überschaubare Zahl von Auftraggebern, sondern für den "Markt" angestrebt zu haben und werbend am "Markt" aufgetreten zu sein. Es scheinen auch gewisse Betriebsmittel der Polen, losgelöst von den gegenständlichen Aufträgen, vorhanden gewesen zu sein.

Wie bereits dargelegt, ist es im Hinblick auf das AuslBG nicht relevant, welcher Art die gegenständlichen Aufträge waren, es kommt nur darauf an, ob die Polen in selbständiger oder unselbständiger Weise tätig waren.

Mit den Beurteilungsmerkmalen, die in Richtung selbständige Tätigkeit deuten könnten, hat sich die belangte Behörde aber auf Grund einer offenbar auf der Verkennung der Rechtslage beruhenden, mangelhaften und unschlüssigen Sachverhaltsfeststellung nicht auseinandergesetzt.

Die angefochtenen Bescheide erweisen sich daher mit prävalierender Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes belastet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben waren.

Von der von den Beschwerdeführern beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 4 und 6 VwGG abgesehen werden, weil einerseits die angefochtenen Bescheide ohnehin aufzuheben waren und andererseits der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. August 1998, Zl. 96/09/0120). Die Beschwerdeführer haben die Möglichkeit, ihren Standpunkt im fortgesetzten Verfahren vor der belangten Behörde darzulegen, die - jedenfalls dann, wenn keine Einstellung des Verfahrens erfolgt - eine weitere mündliche Verhandlung wird durchführen müssen.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Das Mehrbegehren hinsichtlich des Schriftsatzaufwandes war abzuweisen, weil neben dem

pauschalierten Ersatz des Schriftsatzaufwandes ein Kostenersatz unter dem Titel der Umsatzsteuer nicht zusteht.

Wien, am 25. Februar 2010