

TE Lvwg Erkenntnis 2014/6/10 VGW-041/036/6380/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.06.2014

Entscheidungsdatum

10.06.2014

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein

62 Arbeitsmarktverwaltung

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

AuslBG §2

AuslBG §3

AuslBG §28

VStG §5

VStG §19

1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993
1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022

4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

1. VStG § 5 heute
2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018

1. VStG § 19 heute
2. VStG § 19 gültig ab 01.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 19 gültig von 01.01.2012 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
4. VStG § 19 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2011

Anmerkung

VwGH v. 05.11.2014, Ra 2014/09/0020

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde des Herrn S., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 4./5. Bezirk, vom 15.07.2013, Zl. MBA 04 - S 8297/13, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach am 18.11.2013 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde in der Schuldfrage insofern Folge gegeben, als die Tatzeit auf den Zeitraum „24.09.2012 bis 01.02.2013“ eingeschränkt wird; im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis in der Schuldfrage mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzten Verwaltungsvorschriften „§ 3 Abs. 1 AuslBG iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG idF gemäß BGBl. I Nr. 25/2011“ zu lauten haben. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde in der Schuldfrage insofern Folge gegeben, als die Tatzeit auf den Zeitraum „24.09.2012 bis 01.02.2013“ eingeschränkt wird; im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis in der Schuldfrage mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzten Verwaltungsvorschriften „§ 3 Absatz eins, AuslBG in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG in der Fassung gemäß BGBl. römisch eins Nr. 25/2011“ zu lauten haben.

In der Straffrage wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe von 1.900,-- Euro auf 1.200,-- Euro und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche, sechs Tagen und vier Stunden auf zwei Tage herabgesetzt werden.

Die Strafnorm lautet richtig: § 28 Abs. 1 Z. 1 erster Strafsatz AuslBG in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 25/2011. Die Strafnorm lautet richtig: Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, erster Strafsatz AuslBG in der Fassung gemäß Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 25 aus 2011,.

Dementsprechend verringert sich der erstinstanzliche Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs. 2 VStG von 190,-- Euro auf 120,-- Euro. Dementsprechend verringert sich der erstinstanzliche Kostenbeitrag gemäß Paragraph 64, Absatz 2, VStG von 190,-- Euro auf 120,-- Euro.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt. Gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 4./5. Bezirk, vom 15.07.2013 wurde der Beschwerdeführer (Bf) schuldig erkannt, er habe es als Dienstgeber und Schulerhalter der Privatschule P. Konservatorium zu verantworten, dass er im Zeitraum vom 24.09.2012 bis 26.02.2013 im P. Konservatorium die koreanische Staatsbürgerin B. als Privatlehrerin für Sologesang beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländerin keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt worden seien. Frau B. verfüge lediglich über eine Aufenthaltsbewilligung „Künstler“ mit dem Zusatz: „nur selbständige Erwerbstätigkeit zulässig“. Der Bf habe dadurch § 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 25/2011 (AuslBG) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über ihn gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a (erster Strafsatz) AuslBG eine Geldstrafe von 1.900,-- Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche, sechs Tagen und vier Stunden verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bf zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 190,-- Euro bestimmt. Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 4./5. Bezirk, vom 15.07.2013 wurde der Beschwerdeführer (Bf) schuldig erkannt, er habe es als Dienstgeber und Schulerhalter der Privatschule P. Konservatorium zu verantworten, dass er im Zeitraum vom 24.09.2012 bis 26.02.2013 im P. Konservatorium die koreanische Staatsbürgerin B. als Privatlehrerin für Sologesang beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländerin keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt worden seien. Frau B. verfüge lediglich über eine Aufenthaltsbewilligung „Künstler“ mit dem Zusatz: „nur selbständige Erwerbstätigkeit zulässig“. Der Bf habe dadurch Paragraph 3, Ausländerbeschäftigungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975, in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 25/2011 (AuslBG) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über ihn gemäß Paragraph 28, Absatz eins,

Ziffer eins, Litera a, (erster Strafsatz) AuslBG eine Geldstrafe von 1.900,-- Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche, sechs Tagen und vier Stunden verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bf zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 190,-- Euro bestimmt.

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf fristgerecht Berufung (diese ist nunmehr als Beschwerde zu behandeln). Der Bf verwies zunächst bezüglich des Begriffes der Arbeitnehmerähnlichkeit auf Ausführungen im Erkenntnis des VwGH vom 20.05.1998, Zl. 97/09/0241. Der Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit sei – so der Bf zur Begründung seines Rechtsmittels – nach dem AuslBG zu beurteilen und nicht etwa nach dem ASVG. Allerdings sei die Arbeitnehmerähnlichkeit im Wesentlichen dem freien Dienstverhältnis nach dem ASVG ident. Daher könne grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass bei Vorliegen eines freien Dienstvertrages nicht das AuslBG anzuwenden sei. Unabhängig davon seien keine typischen Merkmale einer wirtschaftlichen Unselbständigkeit gegeben.

Beigelegt werde eine Institutsbeschreibung des P. Konservatoriums, der bei der Anmeldung von Lehrern die Art der Tätigkeit des Lehrers zu entnehmen sei. Demgemäß sei festzustellen, dass im Wesentlichen keine Merkmale einer wirtschaftlichen Unselbständigkeit festzustellen seien. So sei es dem Lehrer freigestellt, ob er einen neuen Schüler nehmen wolle. Im Verneinungsfalle könne ein anderer Lehrer die Tätigkeit ausüben. Der Aufnahmetermin des Schülers werde direkt mit dem Lehrer vereinbart. Nach der Prüfung entscheide der Lehrer selbst, ob der Schüler akzeptiert werde oder nicht und erst dann werde das Ergebnis der Schulleitung gemeldet. Der künstlerische Unterricht werde entweder im Konservatorium oder zu Hause durchgeführt. Dieser Ort erfolge durch den Lehrer nach Absprache mit dem Schüler. Der Lehrer entscheide selbst die Unterrichtsmethode, die zur Anwendung komme, welche Unterlagen verwendet und nach welchen Stücken studiert werde. Der Lehrer verwende die eigenen Unterlagen und sonstige musikalische Utensilien. Dem Konservatorium sei es nicht möglich, dem jeweiligen Lehrer vorzuschreiben, hinsichtlich des musikalischen Unterrichtes irgendwelche Vorschriften zu erteilen. Der Lehrer sei auch berechtigt, persönliche Assistenten beizuziehen. Die Vertretung durch Assistenten sei praktisch erforderlich, zumal der Lehrer auch künstlerisch tätig sei und schon aus diesem Grund infolge ausländischer Engagements das Unterrichten nicht selbst durchführen könne. Die Unterrichtszeit sei grundsätzlich pro Woche durchzuführen, was jedoch einen Richtwert darstelle. Die Unterrichtszeiten seien vom jeweiligen künstlerischen Erfordernis abhängig, bei denen der Lehrer frei gestalten könne. Die Vorgabe eines Stundenplanes durch das Konservatorium sei nicht möglich und auch nicht zielführend. Es gebe sohin kein Weisungsrecht betreffend die Unterrichtsmethode, den Unterrichtsort und der Unterrichtszeit. Das Konservatorium erhalte vom Lehrer einen monatlichen Pauschalbetrag (gemeint wohl: Der Lehrer erhält vom Konservatorium einen monatlichen Pauschalbetrag).

Unabhängig vom oben dargestellten Vorgehen bei der Regelung im Konservatorium übe Frau B. eine unselbständige Tätigkeit beim K. aus, sodass daher keine Abhängigkeit von Frau B. gegenüber dem Konservatorium P. bestehe. Insgesamt stehe jedenfalls fest, dass keine wirtschaftliche Unselbständigkeit gegeben sei, sohin kein arbeitnehmerähnliches Arbeitsverhältnis gegeben sei. Die Situation sei so, dass in Wirklichkeit ein Werkvertrag anzunehmen sei.

Die der Berufung angeschlossene „Institutsbeschreibung an Hand eines Beispiels einer Neuanschreibung“ lautet wie folgt:

„1) Im Sekretariat Ausfüllen der Anmelddaten wie Name, Wohnort, Tel. Nr., Instrument bzw. Gesang sowie Lebenslauf mit Vorkenntnissen.

2) Angabe des gewünschten Lehrers durch den jeweiligen Schüler.

3) Wir rufen den gewünschten Kollegen an und fragen, ob er einen neuen Schüler nehmen möchte; wenn Nein, wird in Absprache mit dem jeweiligen Schüler ein anderer Kollege angerufen.

4) Wenn ein Kollege zustimmt, erhält der neue Schüler die Tel. Nr. des Lehrers und vereinbart selbst einen Aufnahmeprüfungstermin direkt mit dem Lehrer.

5) Nach der Prüfung entscheidet der Lehrer selbst, ob er den neuen Schüler akzeptiert oder nicht und meldet das Ergebnis der Schulleitung.

- 6) Im positiven Fall beginnt nun der künstlerische Unterricht des Schülers entweder beim Lehrer zu Hause oder in einem Raum des Konservatoriums oder gemischt. Die Wahl des Ortes erfolgt durch den Lehrer in Absprache mit dem Schüler.
- 7) Der Lehrer entscheidet selbst, welche Unterrichtsmethode zur Anwendung kommt, nach welchen Unterlagen gelehrt wird und welche Stücke einstudiert werden. Der Lehrer verwendet hierbei seine eigenen Unterrichtsunterlagen, Instrumente und sonstige notwendige musikalische Utensilien. In der Regel wird der Musikunterricht von jedem Lehrer sehr individuell gestaltet, so dass es seitens des Konservatoriums nicht möglich wäre, dem jeweiligen Lehrer die Vorgangsweise vorzuschreiben. Den Lehrern wird freigestellt, den Unterricht entweder selbst oder durch Zuhilfenahme seiner persönlichen Assistenten durchzuführen. Die Vertretung durch Assistenten ist praktisch erforderlich, zumal die meisten Lehrer selbst als Künstler aktiv sind und durch zahlreiche Auslandsaufenthalte den Unterricht nicht immer selbst durchführen können.
- 8) Es ist grundsätzlich von einer Unterrichtseinheit pro Woche auszugehen, die lediglich als Richtwert gilt. Innerhalb dieses Richtwertes obliegt es dem Lehrer die Unterrichtszeiten nach den jeweiligen künstlerischen Erfordernissen frei zu gestalten. So wird der Schüler zum Beispiel, wenn er wenig geübt hat, nach einigen Minuten weggeschickt. Im Fall von künstlerisch aufwändigen Einstudierungen kann der Unterricht auch 2 und mehr Einheiten dauern. Hierbei obliegt es der Verantwortung des Lehrers, die tatsächlichen Unterrichtsstunden direkt mit dem Schüler in Abhängigkeit seiner Fähigkeiten und der Anforderungen der jeweiligen einzustudierenden Stücke zu vereinbaren. Die Vorgabe eines Stundenplans durch das Konservatorium wäre daher nicht zielführend bzw. gar nicht möglich.
- 9) Es besteht generell kein Weisungsrecht des Konservatoriums hinsichtlich der Unterrichtsmethode, des Unterrichtsortes und der Unterrichtszeit.
- 10) Von der Schulleitung erhält der Lehrer/die Lehrerin pro Schüler einen monatlichen Pauschalbetrag, z. B. für EU-Klavierschüler 68,-, nicht EU 73,5.
- 11) Primäres Ziel der Schüler ist die Verbesserung der eigenen musikalisch künstlerischen Fähigkeiten, so z. B. bei anonymen Probespielen zu bestehen und musikberufliche Chancen wahrnehmen zu können.
- 12) Für manche Schüler besteht entsprechend ihrer musikalischen Reife die Möglichkeit die künstlerische Diplomprüfung abzulegen und damit ein staatlich gültiges Zeugnis als diplomierter Musiker zu erhalten.
- 13) Theoretische Ergänzungsfächer wie Solfeggio, Musikgeschichte, Akustik, Musiktheorie, Italienisch für Sänger u.a. werden in Seminarform abgehalten mit ca. 6 Terminen von je eineinhalb Stunden pro Semester, der Besuch dieser Fächer ist je nach Studienrichtung obligat oder fakultativ“

Dieses Rechtsmittel wurde der Finanzpolizei mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zur Kenntnisnahme übermittelt. In seiner Äußerung vom 25.09.2013 wies die Finanzpolizei darauf hin, dass es ein Organisationsstatut des „P. Konservatoriums“ gebe, welches dem Unterrichtsministerium vorgelegt und von diesem genehmigt werden müsse. Dabei werde in § 3 Abs. 1 festgehalten, dass jeder Schüler und Studierende Anspruch auf eine wöchentliche Lektion in der Dauer von ca. 45 Minuten habe. Nach Ansicht des Finanzamtes sei eine Lehrkraft in den Schulbetrieb eingegliedert. Wie auch in diesem Fall (vier Stunden), sei eine bestimmte Stundenanzahl pro Woche festgelegt. Des Weiteren sollte ein bestimmtes Ausbildungsziel erreicht werden, an dem sich die Lehrkraft zu orientieren und den Unterricht darauf abzustimmen habe (§ 13 Abs. 1). Der wesentliche Punkt des Organisationsstatutes sei nach Ansicht der Finanzpolizei jedoch in § 11 Abs. 1 geregelt. Aus diesen Gründen werde nach dortiger Ansicht von einer dienstnehmerähnlichen Beschäftigung von Frau B. ausgegangen. Damit werde nicht nur das Organisationsstatut ad absurdum geführt, sondern damit auch eine Umgehung der Bestimmung des ASVG und AuslBG Tür und Tor geöffnet, weshalb einer Einstellung des Verfahrens keineswegs zugestimmt werden könne. Dieser Äußerung waren Teile des Organisationsstatuts des P. Konservatoriums des Bf angeschlossen. Dieses Rechtsmittel wurde der Finanzpolizei mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zur Kenntnisnahme übermittelt. In seiner Äußerung vom 25.09.2013 wies die Finanzpolizei darauf hin, dass es ein Organisationsstatut des „P. Konservatoriums“ gebe, welches dem Unterrichtsministerium vorgelegt und von diesem genehmigt werden müsse. Dabei werde in Paragraph 3, Absatz eins, festgehalten, dass jeder Schüler und Studierende Anspruch auf eine wöchentliche Lektion in der Dauer von ca. 45 Minuten habe. Nach Ansicht des Finanzamtes sei eine Lehrkraft in den Schulbetrieb eingegliedert. Wie auch in diesem Fall (vier Stunden), sei eine bestimmte Stundenanzahl pro Woche festgelegt. Des Weiteren sollte ein bestimmtes Ausbildungsziel erreicht werden, an dem sich die Lehrkraft zu orientieren und den Unterricht darauf abzustimmen

habe (Paragraph 13, Absatz eins,). Der wesentliche Punkt des Organisationsstatutes sei nach Ansicht der Finanzpolizei jedoch in Paragraph 11, Absatz eins, geregelt. Aus diesen Gründen werde nach dortiger Ansicht von einer dienstnehmerähnlichen Beschäftigung von Frau B. ausgegangen. Damit werde nicht nur das Organisationsstatut ad absurdum geführt, sondern damit auch eine Umgehung der Bestimmung des ASVG und AuslBG Tür und Tor geöffnet, weshalb einer Einstellung des Verfahrens keineswegs zugestimmt werden könne. Dieser Äußerung waren Teile des Organisationsstatuts des P. Konservatoriums des Bf angeschlossen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien führte (zusammen mit dem Verfahren zur Zl. UVS-07/A/36/9237/2013 – Übertretung des ASVG) eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Bf, der in Begleitung von seinem Rechtsvertreter erschienen war und Herr L. als Vertreter der Finanzpolizei teilnahmen und in der Frau B. als Zeugin einvernommen wurde. Der Bf gab bei seiner Einvernahme als Beschuldigter Folgendes an:

„Ich bin der Verantwortliche des gegenständlichen P. Konservatoriums. Es gibt dies schon seit ... und ich bin der Leiter seit 1997. Wir haben ca. 700 Studenten und 90 Lehrer. Normalerweise sind die Lehrer beim Stadtschulrat gemeldet und mache ich mit diesen freie Dienstverträge. Ich melde diese auch zur Sozialversicherung an. Wenn sich neue Kollegen bewerben, dann machen wir mit diesen ein Vorstellungsgespräch oder Probestunden oder Probeseminare. Frau B. spricht Deutsch. Im vorliegenden Fall hat Frau B. ein Prüfungsseminar gehalten.

Der Bw legt den Werkvertrag mit Frau B. vor. Der Bw legt weiters eine Liste von Studenten vor, die Frau B. damals im Rahmen des Seminars betreute. Wir haben sehr viele Studenten aus dem asiatischen Raum, wir haben 200 koreanische Studenten. Die Studenten müssen bei uns eine Aufnahmeprüfung absolvieren. Frau B. hat sich ungefähr im September 2012 bei uns mit dem Wunsch gemeldet, bei uns zu unterrichten. Sie hat in Wien an der Universität das Diplomstudium absolviert und in Korea auch. Sie ist in verschiedenen Konzerten aktiv. Sie ist selbstständige Künstlerin.

Ich prüfe dann die Voraussetzungen, die sie haben muss, um bei uns unterrichten zu können. Eine Lehrerin bei uns muss eine gewisse Qualifikation haben, wie das auch im Organisationsstatut steht. Ich muss dann schauen, ob sie bei uns als Lehrerin zu verwenden ist und mache ich das wie erwähnt in Form von Probestunden oder als Seminar. Bei einer Probestunde würde sie ein Thema bekommen und dann mit anderen Kollegen mitgehen. Ein Seminar ist bei uns ein spezieller Themenbereich. Das steht nicht im Studienplan. Es sind dies bestimmte Systeme bzw. Erleichterungen für Studenten, Prüfungen zu bestehen (z.B. mentale Vorbereitung auf die Prüfung bzw. Stimmhygiene oder Auswahl des Repertoires für die Prüfung). Da sieht man dann, ob sie fähig ist gut zu unterrichten. Ich besuche auch das Seminar und schaue mir an, was sie macht (wie qualitativ sie vorträgt). Im Sommersemester ist sie dann bei uns mit freiem Dienstvertrag weiterverwendet worden.

Den Pauschalbetrag habe ich deshalb nicht in den Vertrag geschrieben, weil man den vorher noch nicht kennt. Man sagt in etwa, wie viele Stunden sie für das Seminar braucht (z.B. 20 Stunden). Sie (Frau B.) macht den Vorschlag der Stundenanzahl für das Seminar. Dies sagte sie mündlich. Ich sagte, probieren wir es mit ca. 20 Stunden. Ich bin dann zu ihr in die Stunden gegangen und habe mir das angeschaut. Bei uns im Konservatorium gibt es Unterrichtsräume, die wir gelegentlich zur Verfügung gestellt haben. Aufgesucht habe ich sie, als sie bei uns in den Räumen Stunden gehalten hat. Es entscheidet sich eigentlich erst am Schluss, was die Lehrerin bekommt. Das Geld richtet sich nach dem Ergebnis ihres Vortrages. Ich schaue mir das natürlich an und stelle fest, ob der Vortrag/das Seminar gut ist oder ich breche es auch ab. Es kann auch sein, wenn ich nach kurzer Zeit sehe, dass die Lehrerin nicht geeignet ist, dass ich das Seminar abbreche. Dann würde sie schon die Stunden bekommen, die sie vorher gemacht hat. Frau B. hat ca. 20 Euro pro Stunde bekommen.

Jeder Student steht vor einer Prüfung (jedes Jahr muss eine Prüfung gemacht werden). Wir haben 5 Studenten ausgewählt (weil es Koreaner sind), um es ihnen zu erleichtern, die Prüfung zu bestehen. Die fünf Schüler wurden Frau B. für das Seminar zugeteilt. Jetzt zahlt ein Gesangsstudent pro Semester 990,- Euro. Der Student hat normalerweise pro Woche eine Einzelstunde und Ergänzungsfächer (Gruppenstunden) nach Wahl. Den Studienplan bekommen die Studenten von uns, ihre Unterlagen müssen sie selber kaufen. Der Sänger muss als Nebenfach Klavier machen. Beim gegenständlichen Seminar ging es darum, die Eignung von Frau B. für ihre zukünftige Tätigkeit festzustellen. Bei den Prüfungen bin ich normalerweise immer dabei und dann kann ich feststellen, ob das Seminar einen Sinn gehabt hat. Frau B. hat das sehr gut gemacht, denn sonst hätte ich sie nicht weiter verwendet.

Normalerweise machen wir das mündlich bei solchen Verträgen. Die fünf Schüler sind verschieden unterrichtet worden, einzeln oder zusammen, das ist Frau B. überlassen, das kann man alles nicht festlegen.

Nach diesem Vorfall habe ich reagiert und mache ich solche Verträge jetzt nicht mehr. Ich mache jetzt nur mehr Probestunden.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Das Organisationsstatut ist vom Ministerium genehmigt worden und müssen wir uns auch nach diesem richten. Es gibt für jedes Fach einen Lehrplan. Als Abschluss gibt es ein staatliches künstlerisches Diplom, das die Beweiskraft öffentlicher Urkunden hat. Auch ein Lehrer bekommt für den normalen Unterricht ca. 20 Euro die Stunde, das differenziert aber je nach Unterrichtsgegenstand.“

Frau B. machte bei ihrer Einvernahme als Zeugin die folgenden Angaben:

„Ich habe in Korea studiert und auch in Österreich. Im Jahr 2010 bin ich wieder nach Österreich gekommen. Ich habe mein Diplomstudium 1995 in Wien abgeschlossen. Ich bin nach Österreich gekommen, weil meine Tochter hier studieren will. Ich bin Sängerin. Seit 2010 hatte ich ein paar Mal ein kleines Konzert. In Korea gab es ein Konservatorium und wollte eine Schülerin in Wien studieren. Ich bin zum Bw gegangen. Ich fliege auch jetzt noch immer wieder nach Korea. Ich arbeite auch ein bisschen in Korea. Ich bin zum Bw gegangen und habe meine Schülerin aus Korea vorgestellt. Sie will in Wien studieren und musste ich ihr helfen. Wenn es geht, dann wollte ich im Konservatorium arbeiten. Wenn mehrere Leute aus Korea kommen, dann könnte ich diese bringen. Ich habe mit dem Berufungswerber ausgemacht, dass ich für die Leute Prüfungshilfe mache. Ich kenne alle Studenten auf der Liste schon aus Korea. Diese haben ganz kurz in Korea bei mir studiert. Ich sollte beim Seminar für die Prüfung helfen und Gesangstechnik lernen und beim Auswählen der Prüfungsstücke helfen. Ich hätte auch helfen können dabei, einen Pianisten zu suchen.

Es war für das Seminar für das ganze Semester 1.000,- Euro ausgemacht, ganz genau erinnere ich mich nicht, es können auch 1.200,- Euro gewesen sein. Dies war schon von vornherein so vereinbart. Ich habe Y. und J. aus Korea mitgebracht. Gekannt habe ich alle. Die beiden sind ein bisschen vor dem September 2012 gekommen. Ich hatte manchmal einzeln unterrichtet, manchmal alle zusammen. Ich habe den einzelnen Studenten 2-3 Mal im Monat unterrichtet. Eine Stundenliste gibt es bei dem Seminar nicht. Ich habe manchmal auch Zuhause unterrichtet. Manchmal habe ich auch im Konservatorium unterrichtet. Der Bw ist auch ab und zu zuhören gekommen, er hat auch ab und zu mitgespielt. Meine Wohnung ist 84 m² groß. Bei mir steht auch ein Klavier.

Auf die Frage, ob die fünf Studenten dann am Semesterende im Februar 2013 eine Prüfung abgelegt haben, gebe ich an, Prüfungen gibt es bei uns nur im Sommer. Ende des Wintersemesters haben diese keine Prüfung abgelegt. Über die Stunden habe ich keine Aufzeichnungen, weder über die Zahl noch über den Lehrinhalt.

Über Befragen des BwV:

Ich bin im K. eine freie Mitarbeiterin. Wenn dort ein Konzert ist, dann organisiere ich das und bekomme ich Geld dafür.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Außer den fünf Personen habe ich im Konservatorium niemanden unterrichtet. Ich erinnere mich nicht. Im Werkvertrag steht nicht, was ich bekomme.“

In ihren Schlusssausführungen verwiesen die Parteien auf ihr schriftliches Vorbringen. Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung der Entscheidung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 25/2011, 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 „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ oder einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ oder einen Niederlassungsnachweis besitzt. Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG, in der Fassung gemäß Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 25 aus 2011,, 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 "Rot-Weiß-Rot – Karte plus" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 25/2011, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§§ 12 bis 12c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Rot-Weiß-Rot – Karte plus" (§ 41a NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000,-- Euro bis zu 50.000,-- Euro. Nach Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG, in der Fassung gemäß Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 25 aus 2011,, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen Paragraph 3, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (Paragraphen 4 und 4 c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (Paragraphen 12 bis 12 c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (Paragraph 3, Absatz 5,) oder eine Arbeitserlaubnis (Paragraph 14 a,) oder ein Befreiungsschein (Paragraphen 15 und 4 c) oder eine "Rot-Weiß-Rot – Karte plus" (Paragraph 41 a, NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (Paragraph 45, NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (Paragraph 24, FrG 1997) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000,-- Euro bis zu 50.000,-- Euro.

Als Beschäftigung gilt gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG (idF gemäß BGBl. I Nr. 98/2012) 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. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287. Als Beschäftigung gilt gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG in der Fassung gemäß Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 98 aus 2012,) die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach Paragraph 3, Absatz 5,, d) nach den Bestimmungen des Paragraph 18, oder e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,, und des Paragraph 5 a, Absatz eins, des Landarbeitsgesetzes 1984, Bundesgesetzblatt Nr. 287.

Nach § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinn des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Nach Paragraph 2, Absatz 4, erster Satz AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinn des Absatz 2, vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Bf Schulerhalter des P. Konservatoriums in Wien ... ist. Es wird auch nicht bestritten, dass Frau B. vom 24.09.2012 bis 01.02.2013 im P. Konservatorium als Privatlehrerin für Sologesang tätig gewesen ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof schon wiederholt dargelegt hat, ist für die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG, deren Übertretung dem Bf angelastet wird, nach den Bestimmungen dieses Gesetzes der Arbeitgeber und nur dieser – verwaltungsstrafrechtlich – haftbar (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 24.03.2004, Zl. 2003/09/0146, und die dort zitierte Vorjudikatur). Es ist darauf hinzuweisen, dass auch eine aushilfsweise oder stundenweise Beschäftigung dem AuslBG unterworfen bzw. als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg.cit. anzusehen ist (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 06.03.1997, Zl. 95/09/0246). Wie der Verwaltungsgerichtshof schon wiederholt dargelegt hat, ist für die

Einhaltung der Vorschriften des AuslBG, deren Übertretung dem Bf angelastet wird, nach den Bestimmungen dieses Gesetzes der Arbeitgeber und nur dieser – verwaltungsstrafrechtlich – haftbar vergleiche z.B. das Erkenntnis vom 24.03.2004, Zl. 2003/09/0146, und die dort zitierte Vorjudikatur). Es ist darauf hinzuweisen, dass auch eine aushilfsweise oder stundenweise Beschäftigung dem AuslBG unterworfen bzw. als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, leg.cit. anzusehen ist vergleiche z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 06.03.1997, Zl. 95/09/0246).

Die Verantwortung des Bf in seiner Beschwerde geht (zusammengefasst) in die Richtung, es könne ihm kein Verstoß gegen das AuslBG angelastet werden, weil Frau B. im Rahmen eines Werkvertrages für das P. Konservatorium tätig geworden sei.

Das Verwaltungsgericht Wien geht aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens davon aus, dass der Bf die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung begangen hat. Demnach ist er als Schulerhalter des P. Konservatoriums und somit als Arbeitgeber dafür verantwortlich, dass von diesem in der Zeit vom 24.09.2012 bis 01.02.2013 die koreanische Staatsbürgerin B. als Privatlehrerin für Sologesang ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung bzw. Bestätigung beschäftigt worden ist.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige des Finanzamtes Wien vom 26.02.2013 zugrunde. Danach werde Frau B. am P. Konservatorium des Bf als Privatlehrerin beschäftigt, obwohl sie lediglich einen Aufenthaltstitel als „Künstler“ mit dem Zusatz „nur selbständige Erwerbstätigkeit zulässig“ habe. Von Seiten des Stadtschulrates sei die Anmeldung von Frau B. am Konservatorium beigelegt worden, welche am 24.09.2012 eingelangt sei und ein Stundenausmaß von vier Wochenstunden (Sologesang) bestätige. In einem angeschlossenen Schreiben des Stadtschulrates für Wien vom 03.10.2012 heißt es, dass eine Lehrkraft nach Maßgabe der Lehr- und Stundenpläne und einer entsprechenden Lehrverpflichtung in den Schulbetrieb eingegliedert sei, die Erteilung von Unterricht in einem bestimmten Vertragszeitraum und in einem bestimmten wöchentlichen Stundenausmaß zu erfolgen habe, den Lehr- und Stundenplänen ein bestimmtes Ausbildungsziel zugrunde liege, wonach sich die Lehrkraft zu orientieren und seinen Unterricht darauf abzustimmen habe, sodass es nach dortiger Auffassung nicht möglich sei, eine Lehrkraft mit Werkvertrag oder einem freien Dienstvertrag zu beschäftigen. Auch war die Anzeige des Bf (als Schulerhalter; eingebracht am 24.09.2012) angeschlossen, wonach die Einstellung der Frau B. als Privatlehrerin (für vier Wochenstunden) erfolge.

Zur Rechtfertigung (mit Schreiben der belangten Behörde vom 07.03.2013) aufgefordert, brachte der Bf in seiner Äußerung vom 28.03.2013 vor, Frau B. sei keine Arbeitnehmerin oder arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 2 AuslBG. Diese sei aufgrund eines Werkvertrages bzw. eines freien Dienstvertrages tätig. In dieser Eigenschaft sei daher nie das AuslBG anzuwenden (irgendwelche Unterlagen, z.B. die vertragliche Grundlage für die Tätigkeit der Frau B. waren der Rechtfertigung aber nicht angeschlossen). Zur Rechtfertigung (mit Schreiben der belangten Behörde vom 07.03.2013) aufgefordert, brachte der Bf in seiner Äußerung vom 28.03.2013 vor, Frau B. sei keine Arbeitnehmerin oder arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des Paragraph 2, AuslBG. Diese sei aufgrund eines Werkvertrages bzw. eines freien Dienstvertrages tätig. In dieser Eigenschaft sei daher nie das AuslBG anzuwenden (irgendwelche Unterlagen, z.B. die vertragliche Grundlage für die Tätigkeit der Frau B. waren der Rechtfertigung aber nicht angeschlossen).

In der Berufung gegen das Straferkenntnis vom 15.07.2013 zitiert der Bf (über eine Seite) aus einem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.05.1998 (zur Arbeitnehmerähnlichkeit). Weiters verwies er auf eine Institutsbeschreibung an Hand des Beispiels einer Neuanmeldung. Bemerkenswert ist nun schon, dass der Bf eine solche Institutsbeschreibung vorlegt, er aber in der mündlichen Verhandlung klargestellt hat, dass Frau B. nur ein Prüfungsseminar hat abhalten sollen (es sollte also die Eignung der Frau B. für ihre zukünftige Tätigkeit festgestellt werden).

Von der Finanzpolizei wurde als Beilage zur Stellungnahme zur Berufung das Organisationsstatut des P. Konservatoriums des Bf vorgelegt (dass dieses Organisationsstatut im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gekommen wäre bzw. ignoriert worden wäre, ist vom Bf selbst nicht einmal behauptet worden). So finden sich in diesem Organisationsstatut Ausführungen zu den Lehrmitteln, zu den Anstellungserfordernissen an das Personal, zur Studienordnung, Studienplänen und Lehrplänen und zu den Unterrichtsformen etc..

Im gesamten Verfahren bei der belangten Behörde ist ein Werkvertrag oder dergleichen (abgeschlossen zwischen dem

P. Konservatorium und Frau B.) nicht vorgelegt worden; es ist in den Eingaben des Bf auch nicht einmal auf das Vorhandensein eines solchen Vertrages hingewiesen worden. In der mündlichen Verhandlung (also mehr als ein Jahr nach Beginn der Tätigkeit der Frau B.) wurde ein Werkvertrag (datiert mit 24.09.2012) vorgelegt. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien ist dieser Vertrag 1) erst nachträglich aufgesetzt worden und 2) ohnedies nur zur Verschleierung des wahren Sachverhaltes erstellt worden.

Der Bf brachte in der mündlichen Verhandlung vor, Frau B. habe ein Prüfungsseminar abgehalten. Im Vertrag steht, dass ein bestimmter Zeitraum für die Zielschulderbringung nicht vorgesehen sei. Wenn aber Frau B. Studenten auf eine (bestimmte) Prüfung hätte vorbereiten sollen, dann kann doch nicht ernsthaft angenommen werden, dass sie nicht während eines bestimmten Zeitraumes (bzw. bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) die Studenten auf die Prüfung vorbereiten hätte sollen. Im Werkvertrag steht auch, dass sich der Werkvertragsnehmer jederzeit durch geeignete Personen vertreten lassen könne. Schon an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung (nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien handelt es sich dabei nur um eine „Scheinvereinbarung“) bloß in den Vertrag aufgenommen wurde, um den Eindruck zu erwecken, es läge ein echter Werkvertrag vor. Der Bf hat während des Prüfungsseminars (auch durch seine Teilnahme) feststellen wollen, ob Frau B. für eine Tätigkeit als Lehrerin geeignet ist. Wenn diese nun die Möglichkeit gehabt hätte, immer und zu jeder Zeit (und ohne einen bestimmten Grund) eine Vertretung zu schicken, dann wäre es dem Bf wohl unmöglich gewesen, sich ein Bild von den Fähigkeiten der Frau B. zu machen. Auch bezüglich der Honorierung steht im Vertrag nur, dass Frau B. einen Pauschalbetrag erhalten solle. Auch dieser Passus stimmt so nicht, hat der Bf doch selbst eingeräumt, dass Frau B. ca. 20,-- Euro pro Stunde bekommen habe (vorher habe man noch gar nicht gewusst, wie viele Stunden sie insgesamt leisten werde).

Der Bf hatte vorgebracht, Frau B. habe ein Prüfungsseminar gehalten. Auffällig ist nun aber, dass Frau B. bei ihrer Einvernahme von einer Prüfung, die die Studenten hätten ablegen sollen, nichts gewusst hat. Sie erklärte, es gebe Prüfungen nur im Sommer, Ende des Wintersemesters hätten diese keine Prüfung abgelegt. Man sollte aber annehmen können, dass Frau B. weiß, für welche Prüfungen sie die Studenten „vorbereiten“ solle.

Unstrittig ist, dass sich Frau B. ungefähr im September 2012 beim Bf mit dem Wunsch gemeldet hat, im P. Konservatorium zu unterrichten. Sie selbst gab ja auch an, sie habe im Konservatorium arbeiten wollen. Der Bf legte eine Liste von Studenten vor, die Frau B. damals betreut hat. Sie selbst erklärte, sie habe mit dem Bf ausgemacht, dass sie für die Leute (gemeint: die auf der Liste aufscheinenden Studenten) Prüfungshilfe mache. Sie habe beim Seminar für die Prüfung helfen sollen und Gesangstechnik lehren und beim Auswählen der Prüfungsstücke helfen sollen. Sie erwähnte, dass für das Semester 1.000,-- Euro (oder 1.200,-- Euro) ausgemacht gewesen seien. Hier kann nur wiederum an die Ausführung des Bf erinnert werden, der von einer Bezahlung pro Stunde gesprochen hat (und dass man vorweg noch gar nicht sagen konnte, welchen Betrag diese bekommen werde).

Der Bf wies darauf hin, dass ein Lehrer bei ihnen eine gewisse Qualifikation (wie dies im Organisationsstatut gefordert sei) erfüllen müsse (zur Feststellung der Qualifikation mache er z.B. eine Probestunde). Frau B. habe ein Seminar gemacht, man sehe dann, ob sie fähig ist, gut zu unterrichten. Der Bf hat nach seinen eigenen Angaben das Seminar auch immer wieder besucht und geschaut, was sie mache. Er sei zu ihr in die Stunden gegangen und habe sich das angeschaut. Er habe sie aufgesucht, wenn sie bei ihnen in den Räumen die Stunden gehalten habe. Das Geld richte sich nach dem Ergebnis ihres Vortrages. Frau B. habe ca. 20,-- Euro pro Stunde bekommen. Der Bf betonte dann, es sei beim gegenständlichen Seminar um die Feststellung der Eignung der Frau B. für ihre künftige Tätigkeit gegangen. Frau B. habe das sehr gut gemacht, denn sonst hätte er sie nicht weiter verwendet. Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes merkte der Bf an, dass das Organisationsstatut von ihnen beachtet werde. Es gebe für jedes Fach einen Lehrplan, wobei es als Abschluss ein staatliches künstlerisches Diplom gebe, das die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde habe. Auch ein Lehrer bekomme für den normalen Unterricht ca. 20,-- Euro pro Stunde.

Aus den Angaben der Frau B. geht hervor, dass sie einzelne Studierende schon von Korea her kannte (diese sind schon dort Studenten von ihr gewesen). Sie habe manchmal zu Hause, manchmal im Konservatorium unterrichtet. Sie gab an, über die Stunden keine Aufzeichnungen zu haben. Dies ist insofern auffällig, als der Bf ja zuvor noch erklärt hatte, Frau B. würde ca. 20,-- Euro pro Stunde bekommen (es stellt sich daher schon die Frage, wie der Bf die tatsächlich geleisteten Stunden festgestellt und überprüft hat, um dann zu dem Betrag zu gelangen, den er auszahlt).

Im Verfahren hat sich nun kein Hinweis darauf ergeben, dass Frau B. die Stunden nicht alle selbst gehalten hätte (es hat weder der Bf noch Frau B. behauptet, dass auch nur einmal ein Vertreter für Frau B. eingeschritten wäre). Die

Ausführungen in der Beschwerde bezüglich des Nichtvorliegens eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses (im vorliegenden Fall) sind nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Straferkenntnisses aufzuzeigen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im vorliegenden Fall 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 Erkenntnis des VwGH vom 23.05.2002, ZI. 2000/09/0190, mwN). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im vorliegenden Fall in Betracht kommt - durch Paragraph 2, Absatz 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 Paragraph 2, Absatz 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 (vergleiche Paragraph 2, Absatz 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 Paragraph 879, ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vergleiche z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.05.2002, ZI. 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. Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt - nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (z.B. Werkvertrag oder freier Dienstvertrag). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung. Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist. Die Arbeitnehmerähnlichkeit (Paragraph 2, Absatz 2, Litera 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. Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt - nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (z.B. Werkvertrag oder freier Dienstvertrag). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung. Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist.

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 (vgl. zum Ganzen das Erkenntnis des VwGH vom 25.02.2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288, mwN). 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 vergleiche zum Ganzen das Erkenntnis des VwGH vom 25.02.2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288, 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 Erkenntnis des VwGH vom 22.02.2006, Zl. 2002/09/0187). 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 vergleiche z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 22.02.2006, Zl. 2002/09/0187).

Insofern sich der Beschwerdeführer mit dem Vorliegen eines Werkvertrages verantwortet, ist ihm zu antworten:

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 bereits im Vorhinein 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 Erkenntnis des VwGH vom 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003, mwN). Dass sich entgegen den Ausführungen der belangten Behörde aus dem Vorbringen des Bf im Verwaltungsstrafverfahren ein konkretes, im Vorhinein abgrenzbares Werk für die koreanische Staatsbürgerin hätte erkennen lassen und dass in dem (erstmalig in der mündlichen Verhandlung am 18.11.2013 vorgelegten) "Werkvertrag" vom 24.09.2012 eine konkrete "Werkbeschreibung" enthalten sei, vermochte der Bf nicht darzutun. Ein Werkvertrag liegt nach ständiger

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 bereits im Vorhinein 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 vergleiche z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003, mwN). Dass sich entgegen den Ausführungen der belangten Behörde aus dem Vorbringen des Bf im Verwaltungsstrafverfahren ein konkretes, im Vorhinein abgrenzbares Werk für die koreanische Staatsbürgerin hätte erkennen lassen und dass in dem (erstmalig in der mündlichen Verhandlung am 18.11.2013 vorgelegten) "Werkvertrag" vom 24.09.2012 eine konkrete "Werkbeschreibung" enthalten sei, vermochte der Bf nicht darzutun.

Gegenständlich könnte - folgte man dem Bf - nur ein sogenannter "freier Dienstvertrag" gegeben sein. Während beim Werkvertrag ein bestimmter Erfolg geschuldet wird (der im gegenständlichen Fall aufgrund des nicht im Vorhinein vor Vertragsabschluss konkret abgesteckten Umfangs eines "Werkes" nicht vorliegt), 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 bereits zitierte Erkenntnis des VwGH vom 25.02.2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288). Gegenständlich könnte - folgte man dem Bf - nur ein sogenannter "freier Dienstvertrag" gegeben sein. Während beim Werkvertrag ein bestimmter Erfolg geschuldet wird (der im gegenständlichen Fall aufgrund des nicht im Vorhinein vor Vertragsabschluss konkret abgesteckten Umfangs eines "Werkes" nicht vorliegt), 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 Paragraph 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 vergleiche das bereits zitierte Erkenntnis des VwGH vom 25.02.2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288).

Für die Beschäftigung eines Lehrers ist es kennzeichnend, dass diese Tätigkeit darauf abgestellt ist, einen bestimmten konkreten Erfolg bei der Vermittlung des Wissens zu erreichen, und dass derjenige, der das Wissen vermittelt, sich in geeigneter Weise, häufig durch einen eigenen Prüfungsvorgang, davon überzeugt, ob bzw. inwieweit dieses Ziel erreicht worden ist (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 02.02.1972, Zl. 1967/71). Für die Beschäftigung eines Lehrers ist es kennzeichnend, dass diese Tätigkeit darauf abgestellt ist, einen bestimmten konkreten Erfolg bei der Vermittlung des Wissens zu erreichen, und dass derjenige, der das Wissen vermittelt, sich in geeigneter Weise, häufig durch einen eigenen Prüfungsvorgang, davon überzeugt, ob bzw. inwieweit dieses Ziel erreicht worden ist vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 02.02.1972, Zl. 1967/71).

Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist,

jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs, oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen. Hingegen ist es für die Annahme einer generellen Vertretungsbefugnis unmaßgeblich, dass der Beschäftigte nur geeignete Dritte als Vertreter stellig machen darf, weil es bei der Vertretungsberechtigung immer um eine solche in Bezug auf eine übernommene Arbeitspflicht und daher durch eine Person geht, die in der Lage ist, diese Arbeitspflicht gegenüber dem Empfänger der Arbeitsleistung zu erfüllen. Demgemäß muss selbst die (über eine bloße Rücksprache hinausgehende) Zustimmungsbefähigung der jeweiligen Entsendung eines Vertreters seitens des Empfängers der Arbeitsleistung nicht in jedem Fall ein zwingendes Indiz für die persönliche Arbeitspflicht des Beschäftigten sein. Umso weniger schadet es, wenn der Beschäftigte verpflichtet ist, den Vertreter rechtzeitig bekanntzugeben. Ohne Bedeutung ist ferner, ob der Vertreter durch den Beschäftigten selbst oder den Empfänger der Arbeitsleistungen entlohnt wird, weil dies nichts an der Vertretungsbefugnis selbst ändert (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 25.05.2011, ZI. 2010/08/0025). Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs, oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen. Hingegen ist es für die Annahme einer generellen Vertretungsbefugnis unmaßgeblich, dass der Beschäftigte nur geeignete Dritte als Vertreter stellig machen darf, weil es bei der Vertretungsberechtigung immer um eine solche in Bezug auf eine übernommene Arbeitspflicht und daher durch eine Person geht, die in der Lage ist, diese Arbeitspflicht gegenüber dem Empfänger der Arbeitsleistung zu erfüllen. Demgemäß muss selbst die (über eine bloße Rücksprache hinausgehende) Zustimmungsbefähigung der jeweiligen Entsendung eines Vertreters seitens des Empfängers der Arbeitsleistung nicht in jedem Fall ein zwingendes Indiz für die persönliche Arbeitspflicht des Beschäftigten sein. Umso weniger schadet es, wenn der Beschäftigte verpflichtet ist, den Vertreter rechtzeitig bekanntzugeben. Ohne Bedeutung ist ferner, ob der Vertreter durch den Beschäftigten selbst oder den Empfänger der Arbeitsleistungen entlohnt wird, weil dies nichts an der Vertretungsbefugnis selbst ändert vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 25.05.2011, ZI. 2010/08/0025).

Im vorliegenden Fall war der Frau B. ein Vertretungsrecht durch "geeignete Personen ihres Vertrauens" vertraglich eingeräumt (Punkt II des nachträglich erstellen und vorgelegten Vertrages). Ein solches (ausdrücklich) vereinbartes (generelles) Vertretungsrecht schließt die persönliche Abhängigkeit aber nur dann aus, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalls zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch steht (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 20.10.2010, ZI. 2007/08/0145, mwN). Ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht steht nämlich im Verdacht, ein "Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (§ 2 Abs. 4 AuslBG; siehe auch zu §§ 539 und 539a ASVG das Erkenntnis des VwGH vom 21.04.2004, ZI. 2000/08/0113). Im vorliegenden Fall war der Frau B. ein Vertretungsrecht durch "geeignete Personen ihres Vertrauens" vertraglich eingeräumt (Punkt römisch zwei des nachträglich erstellen und vorgelegten Vertrages). Ein solches (ausdrücklich) vereinbartes (generelles) Vertretungsrecht schließt die persönliche Abhängigkeit aber nur dann aus, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt wurde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalls zumindest ernsthaft damit rechnen konnten, dass von dieser Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen in Widerspruch steht vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 20.10.2010, ZI. 2007/08/0145, mwN). Ein ausdrücklich vereinbartes generelles Vertretungsrecht steht nämlich im Verdacht, ein

"Scheingeschäft" zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG; siehe auch zu Paragraphen 539 und 539 a ASVG das Erkenntnis des VwGH vom 21.04.2004, Zl. 2000/08/0113).

Der Bf hat einen tatsächlich vorgekommenen Vertretungsfall (geschweige denn dessen laufendes Vorkommen) nicht behauptet.

Unter Zugrundelegung dessen ist angesichts des vom Bf zu beachtenden (und nach seiner Angabe hat er das auch tatsächlich eingehalten) Organisationsstatuts des P. Konservatoriums davon auszugehen, dass der Bf, wenn er Frau B. aufgrund ihrer fachlichen Qualifikation mit der Durchführung eines Seminars beauftragt hat, sie nicht zugleich dazu ermächtigt hat, sich bei Erfüllung dieses Lehrauftrages ganz nach Belieben jederzeit, auch zur Gänze von anderen Personen vertreten zu lassen (§ 2 Abs. 4 AuslBG). Wie der Verwaltungsgerichtshof z.B. im Erkenntnis vom 20.10.2010, Zl. 2009/08/0133, klargestellt hat, käme es aber auf die wirksame Einräumung einer derartigen generellen Vertretungsbefugnis im Vorhinein an. Unter Zugrundelegung dessen ist angesichts des vom Bf zu beachtenden (und nach seiner Angabe hat er das auch tatsächlich eingehalten) Organisationsstatuts des P. Konservatoriums davon auszugehen, dass der Bf, wenn er Frau B. aufgrund ihrer fachlichen Qualifikation mit der Durchführung eines Seminars beauftragt hat, sie nicht zugleich dazu ermächtigt hat, sich bei Erfüllung dieses Lehrauftrages ganz nach Belieben jederzeit, auch zur Gänze von anderen Personen vertreten zu lassen (Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG). Wie der Verwaltungsgerichtshof z.B. im Erkenntnis vom 20.10.2010, Zl. 2009/08/0133, klargestellt hat, käme es aber auf die wirksame Einräumung einer derartigen generellen Vertretungsbefugnis im Vorhinein an.

Im vorliegenden Fall merkte der Bf bei seiner Einvernahme in der mündlichen Verhandlung an, dass Frau B. ein „Prüfungsseminar“ gehalten habe. Er legte eine Liste von Studenten vor (einige davon brachte Frau B. selbst mit), die von Frau B. im Rahmen des Seminars betreut worden sind. Er müsse dann schauen, ob sie bei ihm als Lehrerin zu verwenden sei und mache er dies in Form von Probestunden oder (wie im vorliegenden Fall) als Seminar. Ein Seminar sei bei ihnen ein spezieller Themenbereich (dieses wird wohl vom Bf vorgegeben, wie etwa im vorliegenden Fall: Prüfungsvorbereitung). So gibt es laut dem vorliegenden Organisationsstatut des P. Konservatoriums für die einzelnen Instrumente oder für Gesang Studienpläne und auch eine Prüfungsordnung. Es ist nun bei der Abhaltung eines Prüfungsseminars wohl davon auszugehen, dass dem Lehrenden mitgeteilt (bekannt gemacht) wird, welches Wissen und Kenntnisse auf welche Art und Weise im Zuge des Unterrichtsfaches vermittelt worden sind und welche Anforderungen an den Studierenden bei der Prüfung gestellt werden. Es wird dann Aufgabe des Lehrenden sein, den Studenten (bezugnehmend auf das vermittelte Wissen laut Studienplan) auf die Prüfungen vorzubereiten. Die Lehrenden müssen auch ein bestimmtes Niveau aufweisen. Diese – vom Organisationsstatut – vorgegebene Struktur ist daher tendenziell vertretungsfeindlich (auch wollte sich der Bf – wie schon oben erwähnt – ein Bild von der fachlichen Eignung der Frau B. machen, sodass davon auszugehen ist, dass die im Werkvertrag aufscheinende Vereinbarung einer Vertretungsmöglichkeit ein „Scheingeschäft“ ist). Noch einmal sei bemerkt, dass Frau B., auch wenn sie die Studenten nur auf eine Prüfung vorbereiten hat sollen, wohl dennoch an Studienplan und Prüfungsordnung (für die betreffenden Studenten) gebunden gewesen ist, hat doch etwa der Bf selbst eingeräumt, er schaue sich den Unterricht an und stelle dann fest, ob das Seminar gut ist oder nicht (allenfalls breche er das auch ab). Den ausgewählten Studenten sollte (durch den Besuch des Prüfungsseminars) es erleichtert werden, die Prüfung zu bestehen. Das Vorliegen dieser fachlichen Vorgaben ist ein Indiz dafür, dass die Tätigkeit nicht in persönlicher Unabhängigkeit erfolgte (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 25.04.2007, Zl. 2005/08/0137). Im vorliegenden Fall merkte der Bf bei seiner Einvernahme in der mündlichen Verhandlung an, dass Frau B. ein „Prüfungsseminar“ gehalten habe. Er legte eine Liste von Studenten vor (einige davon brachte Frau B. selbst mit), die von Frau B. im Rahmen des Seminars betreut worden sind. Er müsse dann schauen, ob sie bei ihm als Lehrerin zu verwenden sei und mache er dies in Form von Probestunden oder (wie im vorliegenden Fall) als Seminar. Ein Seminar sei bei ihnen ein spezieller Themenbereich (dieses wird wohl vom Bf vorgegeben, wie etwa im vorliegenden Fall: Prüfungsvorbereitung). So gibt es laut dem vorliegenden Organisationsstatut des P. Konservatoriums für die einzelnen Instrumente oder für Gesang Studienpläne und auch eine Prüfungsordnung. Es ist nun bei der Abhaltung eines Prüfungsseminars wohl davon auszugehen, dass dem Lehrenden mitgeteilt (bekannt gemacht) wird, welches Wissen und Kenntnisse auf welche Art und Weise im Zuge des Unterrichtsfaches vermittelt worden sind und welche Anforderungen an den Studierenden bei der Prüfung gestellt werden. Es wird dann Aufgabe des Lehrenden sein, den Studenten (bezugnehmend auf das vermittelte Wissen laut Studienplan) auf die Prüfungen vorzubereiten. Die Lehrenden müssen

auch ein bestimmtes Niveau aufweisen. Diese – vom Organisationsstatut – vorgegebene Struktur ist daher tendenziell vertretungsfeindlich (auch wollte sich der Bf – wie schon oben erwähnt – ein Bild von der fachlichen Eignung der Frau B. machen, sodass davon auszugehen ist, dass die im Werkvertrag aufscheinende Vereinbarung einer Vertretungsmöglichkeit ein „Scheingeschäft“ ist). Noch einmal sei bemerkt, dass Frau B., auch wenn sie die Studenten nur auf eine Prüfung vorbereiten hat sollen, wohl dennoch an Studienplan und Prüfungsordnung (für die betreffenden Studenten) gebunden gewesen ist, hat doch etwa der Bf selbst eingeräumt, er schaue sich den Unterricht an und stelle dann fest, ob das Seminar gut ist oder nicht (allenfalls breche er das auch ab). Den ausgewählten Studenten sollte (durch den Besuch des Prüfungsseminars) es erleichtert werden, die Prüfung zu bestehen. Das Vorliegen dieser fachlichen Vorgaben ist ein Indiz dafür, dass die Tätigkeit nicht in persönlicher Unabhängigkeit erfolgte vergleiche dazu z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 25.04.2007, Zl. 2005/08/0137).

Im vorliegenden Fall hatte Frau B. in der Woche rund vier Stunden zu leisten. Ein Seminar – so der Bf – sei bei ihnen ein spezieller Themenbereich, wobei dies bestimmte Systeme bzw. Erleichterungen für Studenten gewesen seien, Prüfungen zu bestehen. Der Bf hat das Seminar besucht und geschaut, was sie mache (wie qualitativ sie vorträgt). Für das Verwaltungsgericht Wien besteht nun kein Zweifel daran, dass eine persönliche Arbeitspflicht gegeben war (denn wie hätte sich der Bf sonst davon überzeugen können, wie „qualitativ Frau B. vorträgt“). Es hat also auch eine Kontrolle der Tätigkeit der Frau B. durch den Bf stattgefunden. Sie erhielt ca. 20,-- Euro pro Stunde (ihre Entlohnung hänge letztlich von den tatsächlich geleisteten Stunden ab). Wenn sie sich für die Tätigkeit als Lehrende geeignet erweise, dann hätte sie mit einer Anstellung als Lehrerin rechnen können. Es war also ihre Tätigkeit als Lehrerin im Rahmen des Prüfungsseminars offenbar eine Vorstufe für eine vertraglich besser abgesicherte Tätigkeit als Lehrerin beim P. Konservatorium, für die bereits eine Anmeldung zur Sozialversicherung vorgesehen war. Schon die Hoffnung auf einen derartigen Aufstieg musste eine wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses mit sich bringen, demzufolge sich Frau B. in Besonderen für die Zwecke des P. Konservatoriums einsetzte (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0195, VwSlg. 14161A/1994). Im vorliegenden Fall hatte Frau B. in der Woche rund vier Stunden zu leisten. Ein Seminar – so der Bf – sei bei ihnen ein spezieller Themenbereich, wobei dies bestimmte Systeme bzw. Erleichterungen für Studenten gewesen seien, Prüfungen zu bestehen. Der Bf hat das Seminar besucht und geschaut, was sie mache (wie qualitativ sie vorträgt). Für das Verwaltungsgericht Wien besteht nun kein Zweifel daran, dass eine persönliche Arbeitspflicht gegeben war (denn wie hätte sich der Bf sonst davon überzeugen können, wie „qualitativ Frau B. vorträgt“). Es hat also auch eine Kontrolle der Tätigkeit der Frau B. durch den Bf stattgefunden. Sie erhielt ca. 20,-- Euro pro Stunde (ihre Entlohnung hänge letztlich von den tatsächlich geleisteten Stunden ab). Wenn sie sich für die Tätigkeit als Lehrende geeignet erweise, dann hätte sie mit einer Anstellung als Lehrerin rechnen können. Es war also ihre Tätigkeit als Lehrerin im Rahmen des Prüfungsseminars offenbar eine Vorstufe für eine vertraglich besser abgesicherte Tätigkeit als Lehrerin beim P. Konservatorium, für die bereits eine Anmeldung zur Sozialversicherung vorgesehen war. Schon die Hoffnung auf einen derartigen Aufstieg musste eine wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses mit sich bringen, demzufolge sich Frau B. in Besonderen für die Zwecke des P. Konservatoriums einsetzte vergleiche dazu das Erkenntnis des VwGH vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0195, VwSlg. 14161A/1994).

Der Bf erwähnte in der Beschwerde zwar, dass kein Weisungsrecht vorgesehen sei, er lässt dabei aber außer Acht, dass dann, wenn sich die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus wissen sollte, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat, sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten äußert („stille Autorität des Arbeitgebers“), die der Bf nach den obigen Feststellungen auch tatsächlich ausgeübt hat (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 01.07.2010, Zl. 2010/09/0105). Weisungen erübrigen sich insbesondere hinsichtlich wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeiten weitgehend schon begrifflich (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 21.02.2001, Zl. 96/08/0028). Der Bf erwähnte in der Beschwerde zwar, dass kein Weisungsrecht vorgesehen sei, er lässt dabei aber außer Acht, dass dann, wenn sich die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus wissen sollte, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat, sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten äußert („stille Autorität des Arbeitgebers“), die der Bf nach den obigen Feststellungen auch tatsächlich ausgeübt hat vergleiche

dazu das Erkenntnis des VwGH vom 01.07.2010, Zl. 2010/09/0105). Weisungen erübrigen sich insbesondere hinsichtlich wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeiten weitgehend schon begrifflich vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).

Der Bf wies auch darauf hin, es könne sein, dass er, wenn er nach kurzer Zeit sehe, dass die Lehrerin nicht geeignet sei, das Seminar abbreche (sie würde dann die Stunden ausbezahlt bekommen, die sie vorher tatsächlich gemacht hat). Diese Schlussfolgerungen könnte er wohl nur dann ziehen, wenn er Frau B. bei ihrer Tätigkeit (wohl im Konservatorium) lang genug persönlich beobachtet und kontrolliert hat. In Anbetracht der festgestellten persönlichen Abhängigkeit der Frau B. und ihrer Einbindung in die Organisation des P. Konservatoriums aufgrund der oben aufgezeigten Vorgaben ist der Tatsache, dass Frau B. zum Teil den Unterricht auch bei ihr zu Hause abgehalten hat, kein besonderes Gewicht beizumessen.

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Behauptung des Bestehens eines Werkvertrages zwischen dem P. Konservatorium und der Frau B. nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspricht.

Gegenständlich liegt nach den obigen Sachverhaltsfeststellungen eine regelmäßige, auf längere Dauer ausgerichtete Lehrtätigkeit der Frau B. vor. Auch wenn im Verfahren hervorgekommen ist, dass Frau B. auch noch anderweitig tätig gewesen ist (diese ist Sängerin, sie arbeite auch ein bisschen in Korea, in Österreich ist sie beim K. freie Mitarbeiterin), so ändert dies nichts an der rechtlichen Beurteilung, dass im vorliegenden Fall von einer Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG auszugehen ist. Eine Beschäftigung nach dem AuslBG kann nämlich durchaus auch dann vorliegen, wenn die Person, die Arbeitsleistungen erbringt, ihre Arbeitskraft noch anderweitig für Erwerbszwecke einsetzen kann, zumal ja auch kurzfristige Tätigkeiten als Arbeitsleistungen im Rahmen einer dem AuslBG unterliegenden Beschäftigung zu qualifizieren sind. Es genügt, dass die Möglichkeit der Ausländerin, ihre Arbeitskraft am Arbeitsmarkt anderweitig einzusetzen, durch ihr mit dem P. Konservatorium bestehenden Verhältnis jedenfalls in jenem Zeitraum, in welchem sie grundsätzlich regelmäßige Arbeitsleistungen für dieses erbrachte, durchaus eingeschränkt gewesen ist (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 05.09.2013, Zl. 2012/09/0119). Gegenständlich liegt nach den obigen Sachverhaltsfeststellungen eine regelmäßige, auf längere Dauer ausgerichtete Lehrtätigkeit der Frau B. vor. Auch wenn im Verfahren hervorgekommen ist, dass Frau B. auch noch anderweitig tätig gewesen ist (diese ist Sängerin, sie arbeite auch ein bisschen in Korea, in Österreich ist sie beim K. freie Mitarbeiterin), so ändert dies nichts an der rechtlichen Beurteilung, dass im vorliegenden Fall von einer Beschäftigung im Sinne des Paragraph 2, AuslBG auszugehen ist. Eine Beschäftigung nach dem AuslBG kann nämlich durchaus auch dann vorliegen, wenn die Person, die Arbeitsleistungen erbringt, ihre Arbeitskraft noch anderweitig für Erwerbszwecke einsetzen kann, zumal ja auch kurzfristige Tätigkeiten als Arbeitsleistungen im Rahmen einer dem AuslBG unterliegenden Beschäftigung zu qualifizieren sind. Es genügt, dass die Möglichkeit der Ausländerin, ihre Arbeitskraft am Arbeitsmarkt anderweitig einzusetzen, durch ihr mit dem P. Konservatorium bestehenden Verhältnis jedenfalls in jenem Zeitraum, in welchem sie grundsätzlich regelmäßige Arbeitsleistungen für dieses erbrachte, durchaus eingeschränkt gewesen ist vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 05.09.2013, Zl. 2012/09/0119).

Das Verwaltungsgericht Wien ist daher ausgehend vom wahren wirtschaftlichen Gehalt gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG von einer zumindest arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung der Frau B. durch das P. Konservatorium ausgegangen. Das Verwaltungsgericht Wien ist entsprechend den eigenen Angaben des Bf davon ausgegangen, dass die Tätigkeit der Frau B. für das P. Konservatorium (Abhaltung eines Prüfungsseminars) nur bis 01.02.2013 andauert hat. Für die Annahme eines späteren Tatzeitendes (die belangte Behörde nahm eine Tatzeit bis 26.02.2013 an) gibt es keine sachverhaltsmäßige Grundlage. Das Verwaltungsgericht Wien ist daher ausgehend vom wahren wirtschaftlichen Gehalt gemäß Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG von einer zumindest arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung der Frau B. durch das P. Konservatorium ausgegangen. Das Verwaltungsgericht Wien ist entsprechend den eigenen Angaben des Bf davon ausgegangen, dass die Tätigkeit der Frau B. für das P. Konservatorium (Abhaltung eines Prüfungsseminars) nur bis 01.02.2013 andauert hat. Für die Annahme eines späteren Tatzeitendes (die belangte Behörde nahm eine Tatzeit bis 26.02.2013 an) gibt es keine sachverhaltsmäßige Grundlage.

Dem Bf kann auch nicht - wie er vermeint - mangelndes Verschulden an der Verwaltungsübertretung attestiert werden.

Übertretungen nach dem § 28 Abs. 1 AuslBG sind Ungehorsamsdelikte im Sinn 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. Bei Erfüllung des objektiven Tatbildes hat 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. Übertretungen nach dem Paragraph 28, Absatz eins, AuslBG sind Ungehorsamsdelikte im Sinn des Paragraph 5, Absatz eins, 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. Bei Erfüllung des objektiven Tatbildes hat 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 Bf gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf. Ihn traf jedoch die Verpflichtung, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen.

Es ist ebenfalls ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der für die Erteilung einer Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zuständigen Behörde (der regionalen Geschäftsstelle des AMS), 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. Unterlässt der Bf - wie hier - die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Bf ausgegangen ist (vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 30.05.2011, Zl. 2008/09/0145; zum Ganzen auch das Erkenntnis des VwGH vom 23.05.2013, Zl. 2011/09/0206). Das Verwaltungsgericht Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bf im vorliegenden Fall schuldhaft (zumindest in Form fahrlässigen Verhaltens) gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen hat. Es ist ebenfalls ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der für die Erteilung einer Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zuständigen Behörde (der regionalen Geschäftsstelle des AMS), 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. Unterlässt der Bf - wie hier - die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Bf ausgegangen ist (vergleiche etwa das Erkenntnis des VwGH vom 30.05.2011, Zl. 2008/09/0145; zum Ganzen auch das Erkenntnis des VwGH vom 23.05.2013, Zl. 2011/09/0206). Das Verwaltungsgericht Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bf im vorliegenden Fall schuldhaft (zumindest in Form fahrlässigen Verhaltens) gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen hat.

Zur Strafbemessung ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Gemäß Paragraph 19, Absatz 2, VStG sind im ordentlichen Verfahren (Paragraphen 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart

des Verwaltungsstrafrechtes sind die Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Gebot des § 3 Abs. 1 AuslBG, einen ausländischen Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung nicht zu beschäftigen, dient dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 2.12.1993, Zl. 93/09/0186). Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat kann daher nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und - zusätzlich - zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 21.4.1994, Zl. 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen). Das Gebot des Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG, einen ausländischen Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung nicht zu beschäftigen, dient dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 2.12.1993, Zl. 93/09/0186). Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat kann daher nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und - zusätzlich - zu einer Wettbewerbsverzerrung führt vergleiche das Erkenntnis des VwGH vom 21.4.1994, Zl. 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen).

Das Verschulden des Bf konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Bei der Strafbemessung sind wieder Milderungs- noch Erschwerungsgründe zu berücksichtigen. Die außerordentliche Milderung der Strafe im Sinne des § 20 VStG scheidet damit von vornherein aus. Bei der Strafbemessung sind wieder Milderungs- noch Erschwerungsgründe zu berücksichtigen. Die außerordentliche Milderung der Strafe im Sinne des Paragraph 20, VStG scheidet damit von vornherein aus.

Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z. 4 iVm § 45 Abs. 1 Schlusssatz VStG idF gemäß BGBl. I Nr. 33/2013 (entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 21 Abs. 1 VStG) kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten nicht als gering angesehen werden konnten. Das tatbildmäßige Verhalten des Bf blieb nämlich keinesfalls erheblich hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück. Ein Vorgehen nach Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, in Verbindung mit Paragraph 45, Absatz eins, Schlusssatz VStG in der Fassung gemäß Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, (entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Paragraph 21, Absatz eins, VStG) kam im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten nicht als gering angesehen werden konnten. Das tatbildmäßige Verhalten des Bf blieb nämlich keinesfalls erheblich hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück.

Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ging das Verwaltungsgericht Wien von den eigenen Angaben des Bf aus (verheiratet, durchschnittliches Einkommen, keine Sorgepflichten).

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro reichenden ersten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG ist die nunmehr verhängte Strafe durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Eine Strafe in dieser Höhe sollte (bei erstmaliger Tatbegehung und dem positiven Eindruck, den der Bf in der mündlichen Verhandlung hinterlassen hat) ausreichend sein, um den Bf künftig von strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Gegen eine weitere Strafherabsetzung haben aber auch generalpräventive Überlegungen gesprochen. Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro reichenden ersten Strafsatz des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG ist die nunmehr verhängte Strafe durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Eine Strafe in dieser Höhe sollte (bei erstmaliger Tatbegehung und dem positiven Eindruck, den der Bf in der mündlichen Verhandlung hinterlassen hat) ausreichend sein, um den Bf künftig von strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Gegen eine weitere Strafherabsetzung haben aber auch generalpräventive Überlegungen gesprochen.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 64 Abs. 2 VStG und § 52 Abs. 8 VwGVG. Die Kostenentscheidungen gründen sich auf Paragraph 64, Absatz 2, VStG und Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG.

Da sich das Verwaltungsgericht Wien auf die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes berufen kann, ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu verneinen. Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig. Da sich das Verwaltungsgericht Wien auf die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes berufen kann, ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu verneinen. Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

Hinweis gemäß § 28b Abs. 4 AuslBG Hinweis gemäß Paragraph 28 b, Absatz 4, AuslBG

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die zentrale Evidenz verwaltungsbehördlicher Strafverfahren gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 leg.cit. verbunden. Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die zentrale Evidenz verwaltungsbehördlicher Strafverfahren gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, leg.cit. verbunden.

Schlagworte

Unzulässige Beschäftigung von Ausländern; Beschäftigung eines Lehrers; Werkvertrag; Vertretungsbefugnis; Erteilung einer unrichtigen Rechtsauskunft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGW:2014:VGW.041.036.6380.2014

Zuletzt aktualisiert am

21.03.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at