jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2008/11/20 2007/09/0035

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 20.11.2008

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §28 Abs7;
AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kühnberg, über die Beschwerde des H I in W, vertreten durch Thum Weinreich Schwarz Rechtsanwälte OEG in 3100 St. Pölten, Josefstraße 13, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 23. November 2006, Zl. UVS- 07/A/28/188/2006/49, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der H. Baugesellschaft mbH gemäß § 9 Abs. 1 VStG dafür verantwortlich zu sein, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in Wien in der Zeit vom 10. Jänner 2005 bis 11. Jänner 2005 auf einer näher bezeichneten Baustelle in Zwettl zwei namentlich genannte polnische Staatsangehörige beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Er habe dadurch

die Rechtsvorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz verletzt und sei nach dem zweiten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG mit zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe je 7 Tage) zu bestrafen gewesen.

Nach Darstellung des Verfahrensverlaufes und wörtlicher Wiedergabe der Angaben der von der Behörde erster Instanz bzw. in der von ihr durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung vernommenen Zeugen traf die belangte Behörde lediglich folgende Feststellungen:

"Auf Grundlage der vorliegenden Anzeige im Zusammenhalt mit den Aussagen der Zeugen E. W. und F. F. ist erwiesen, dass die beiden im Straferkenntnis angeführten Ausländer an den dort genannten Tagen auf der Baustelle ... im Auftrag der vom Berufungswerber vertretenen Gesellschaft Aufräumarbeiten und Maurerarbeiten durchgeführt haben. Hiefür war ein Stundenlohn von 8 EUR vereinbart. Die tägliche Arbeitszeit betrug neun Stunden. Die Ausländer erhielten die Arbeitsanweisungen großteils von F. F., einem Mitarbeiter der H. Bau GmbH. Für die Beschäftigung haben keine arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen vorgelegen."

Beweiswürdigend führte die belangte Behörde aus, diese Feststellungen stützten sich auf die mit den Ausländern bei der Kontrolle aufgenommenen Niederschriften, sowie auf die Aussagen der Zeugen E. W. und F. F. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Entgegen den Behauptungen in der Berufung sei der Einvernahme der Ausländer anlässlich der Kontrolle eine sprachkundige Person beigezogen gewesen. Da diese Angaben vom Zeugen F. F. in wesentlichen Punkten bestätigt worden seien, habe kein Anlass bestanden, der unbewiesenen Behauptung in der Berufung zu folgen, die Angaben der Ausländer seien unrichtig bzw. missverständlich protokolliert worden. Die für die rechtliche Qualifikation als Beschäftigung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes wesentlichen Umstände, wie Weisungsgebundenheit der Ausländer gegenüber einem Mitarbeiter der H. BaugesmbH, tägliche Arbeitszeit von neun Stunden, Entlohnung nach Stundenlohn, habe sich unzweifelhaft aus den genannten Beweismitteln ergeben. Das vom Vertreter des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung erstattete Vorbringen, die Ausländer seien im Rahmen von Werkverträgen tätig gewesen, sei hingegen gänzlich unbewiesen geblieben.

Im Rahmen ihrer rechtlichen Beurteilung verwies die belangte Behörde auf die zur Abgrenzung von auf Grund von Werkverträgen tätigen Selbständigen und arbeitnehmerähnlichen Personen ergangene hg. Rechtsprechung und kam sachverhaltsbezogen zu dem Schluss, es könne im vorliegenden Fall kein Zweifel daran bestehen, dass die Ausländer zumindest in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zu der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft gestanden seien. Dies folge aus der fixen Arbeitszeit, der Entlohnung nach einem Stundenlohn sowie in Ermangelung eines selbständigen herzustellenden Werkes. Es sei zwar die Behauptung aufgestellt worden, die Ausländer seien auf Basis von Werkverträgen tätig geworden, ohne jedoch ein konkretes Werk im Rahmen dieser angeblich mündlich abgeschlossenen Werkverträge benennen zu können. Entgegen den aufgestellten Behauptungen seien die Ausländer auch nicht im Rahmen der von ihnen vorgenommenen Gewerbeanmeldungen tätig gewesen. Nach der Aussage des Zeugen F. F. habe der Innenausbau hier nicht mit Rigipsplatten, sondern in Form von Ziegelmauern stattgefunden. Auf diesbezügliche Ausbesserungsarbeiten bzw. auf das Zusammenräumen der Baustelle hätten sich die Gewerbeanmeldungen aber nicht bezogen. Insoweit ginge daher der Einwand des Beschwerdeführers ins Leere. Zweifelsfrei seien Beschäftigungen im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorgelegen, für die gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen erforderlich gewesen wären. Der Beschwerdeführer sei als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Gesellschaft, für die die Ausländer tätig gewesen seien, für die Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Er habe auch entgegen § 5 Abs. 1 VStG ein mangelndes Verschulden nicht glaubhaft gemacht. Daher treffe ihn zumindest der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar, wobei sie infolge zweier einschlägiger Vorstrafen vom zweiten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG ausging und eine der rechtskräftigen einschlägigen Vorstrafen als erschwerend, keinen Umstand als mildernd erachtete.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte, und legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes macht der Beschwerdeführer geltend, die von der belangten Behörde aufgezählten Kriterien, die für eine Arbeitnehmerähnlichkeit sprächen, seien von ihr unrichtig bzw. mangelhaft festgestellt und gewichtet worden. So habe die Verrichtung der Tätigkeiten durch die Ausländer keineswegs im Betrieb des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens stattgefunden, sondern auf einer Baustelle. Es sei auch weder eine Regelmäßigkeit noch eine längere Dauer der Tätigkeit vorgelegen. Auch habe keinerlei Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der Leistung bestanden, die Arbeiten hätten vielmehr auch durch andere Personen durchgeführt werden können. Es sei auch keine Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, stille Autorität) vorgelegen, da den Ausländern lediglich gezeigt worden sei, wo ihre Tätigkeit zu erfolgen habe bzw. wo ihr Werk zu erbringen gewesen sei, der Rest sei ihnen überlassen geblieben. Eine Berichterstattungspflicht habe nicht vorgelegen, auch seien Betriebsmittel nicht nur des vom Beschwerdeführer geführten Unternehmens, sondern vorwiegend jene der Ausländer eingesetzt worden. Das Ausüben der Tätigkeit sei nicht für einen oder eine bloß geringe Anzahl von Unternehmern durchgeführt worden, sondern wären für jeden beliebigen Unternehmer erfolgt, daher sei sehr wohl eine unbegrenzte Anzahl von Unternehmen vorgelegen. Es habe weder eine vertragliche Einschränkung der Ausländer noch eine Unternehmerbindung noch ein Konkurrenzverbot existiert. Allein die Entgeltlichkeit der Tätigkeiten - wie dies auch ein Wesensmerkmal eines Werkvertrages sei - werde zugestanden. Letztendlich sei die Arbeitsleistung auch nicht der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft, sondern dem Bauherrn bzw. jenem Unternehmen zugute gekommen, welches das vom Beschwerdeführer geleitete Unternehmen als Subunternehmen vertraglich verpflichtet habe. Unrichtig habe die belangte Behörde auch angenommen, die Zahlung des den Ausländern gebührenden Entgeltes sei von der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft erfolgt. Dies sei nicht der Fall gewesen. Dass die beiden Ausländer nicht im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung tätig geworden seien, sei nicht dem Beschwerdeführer anzulasten. Auch sei nicht von Relevanz, dass das im Rahmen des angeblich abgeschlossenen mündlichen Werkvertrages herzustellende Werk nicht habe benannt werden können, treffe doch die Behörde eine Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsermittlung. Im Übrigen sei nicht er als handelsrechtlicher Geschäftsführer, sondern der gewerberechtliche Geschäftsführer für die vorliegenden Verwaltungsübertretungen verantwortlich.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht der Beschwerdeführer die Ergänzungsbedürftigkeit des festgestellten Sachverhaltes geltend, insbesondere aber den Umstand, dass die belangte Behörde seinem Beweisantrag auf Einvernahme der beiden betroffenen Ausländer nicht stattgegeben habe. Dies wäre gerade im Hinblick auf die Angaben des Zeugen F. F. unumgänglich gewesen. Der Beschwerdeführer rügt ferner die mangelhafte Begründung, insbesondere das Fehlen entscheidungswesentlicher Feststellungen und einer nachvollziehbaren Beweiswürdigung. Die belangte Behörde habe sich mit den in der Berufung vorgetragenen Argumenten nicht bzw. mangelhaft auseinandergesetzt.

Die Beschwerde ist nicht berechtigt.

Zur Verfahrensrüge ist vorerst anzumerken, dass Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten oder von Zeugen sowie die Gutachten der Sachverständigen gemäß § 51g Abs. 3 VStG nur verlesen werden dürfen, wenn

1. die Vernommenen in der Zwischenzeit verstorben sind, ihr Aufenthalt unbekannt ist oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit oder wegen entfernten Aufenthaltes oder aus anderen erheblichen Gründen nicht verlangt werden kann oder

2. die in der mündlichen Verhandlung Vernommenen in wesentlichen Punkten von ihren früheren Aussagen abweichen oder

3. Zeugen, ohne dazu berechtigt zu sein, oder Beschuldigte die Aussage verweigern oder

4. alle anwesenden Parteien zustimmen.

Aus den im Verfahren vorgelegten Verwaltungsakten ergibt sich, dass die belangte Behörde vergeblich versucht hat, mit den Ausländern in Kontakt zu treten. Nach den in dem angefochtenen Bescheid zu Grunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren eingeholten Postauskünften und Hauserhebungen fand sich keine inländische Postanschrift der betreffenden Ausländer mehr, hinsichtlich eines der beiden Ausländer blieb auch eine Postanschrift im Ausland unbekannt. Hinsichtlich des anderen versuchte die belangte Behörde, ihn zu laden, dieser Zeuge blieb jedoch trotz ausgewiesener Zustellung der Ladung der Verhandlung fern. Nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers in dieser Verhandlung solle der Zeuge sein Fernbleiben entschuldigt haben; eine derartige Entschuldigung ist jedoch nicht

aktenkundig. Da ausländische Zeugen nicht zum Erscheinen vor einer inländischen Behörde gezwungen werden können, lag hinsichtlich beider Ausländer die Voraussetzung des § 51g Abs. 3 Z. 1 zweiter Fall VStG vor. Da die belangte Behörde ihre - den Beschwerdeführer belastenden - Feststellungen auch in den für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Punkten nicht ausschließlich auf jene niederschriftlichen Angaben der Ausländer gestützt hat, die sodann im Verfahren vor der belangten Behörde - infolge eines von den Parteien des Verfahrens erklärten Verlesungsverzichtes im Sinne des § 51i VStG - als verlesen zu gelten hatte, sondern sich auch auf die in der mündlichen Verhandlung getätigten Angaben der Kontrollorgane stützen konnte, liegt auch keine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vor, wonach jeder Angeklagte mindestens das Recht hat, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken.

Auch die Beweiswürdigung der belangten Behörde begegnet keinen Bedenken. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053, und etwa das Erkenntnis vom 29. Oktober 1997, Zl. 96/09/0013) obliegt dem Verwaltungsgerichtshof in Ansehung der von der belangten Behörde vorgenommenen Beweiswürdigung nur insoweit eine nachprüfende Kontrolle, als die dabei angestellten Erwägungen schlüssig sind, also den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechen, nicht aber dahin, ob ein Akt der Beweiswürdigung richtig in dem Sinne ist, dass eine den Beschwerdeführer belastende Darstellung und nicht dessen Verantwortung den Tatsachen entspricht. In diesem Sinne zeigt die Beschwerde relevante, vom Verwaltungsgerichtshof wahrzunehmende Mängel der Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht auf. Die Überlegungen der Behörde, die Angaben des Kontrollorgans seien glaubwürdig, erweisen sich im Lichte der bloß pauschal gehaltenen Bestreitung des Beschwerdeführers in der Beschwerde nicht als unschlüssig. Angebliche Feststellungsmängel - soweit sie nicht ohnedies als für die rechtliche Beurteilung unerheblich erscheinen; siehe dazu das Folgende - werden nicht substantiiert und konkret bezeichnet. Insbesondere wird nicht dargetan, welche konkreten anderen Feststellungen die Behörde hätte treffen sollen. Die auf Grund des solcherart fehlerfrei durchgeführten Beweisverfahrens getroffenen und oben wiedergegebenen Feststellungen der belangten Behörde sind für eine rechtliche Beurteilung gerade noch ausreichend.

Aber auch die rechtliche Beurteilung der Behörde erweist sich als frei von Rechtsirrtum.

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung dieser Norm BGBl. I Nr. 133/2003, gilt als Beschäftigung die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Nach Abs. 4 erster Satz dieser Bestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2003 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 einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2004 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) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 25 000 Euro.

Gemäß Abs. 7 dieser Bestimmung ist das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne Weiteres anzunehmen, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, und der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Die belangte Behörde hat bereits zutreffend darauf verwiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, von der abzugehen die Beschwerdeausführungen keinen Anlass bieten, der Begriff der Beschäftigung durch die oben zitierte Bestimmung des § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt ist, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, 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 unterworfenes) 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 (§ 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG). 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. Ein Abhängigkeitsverhältnis ist dort anzunehmen, wo keine unternehmerische Eigeninitiative und kein unternehmerisches Erfolgsrisiko getragen wird (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012, und vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0150). Arbeitnehmerähnlichkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass an sich ein Arbeits(Vertrags)verhältnis nicht vorliegt, d.h. dass die für den Arbeitnehmertypus charakteristischen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit zu gering ausgeprägt sind, um daraus ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis ableiten zu können, jedoch in einem gewissen Umfang gegeben sind. Wesen der Arbeitnehmerähnlichkeit ist, dass der Verpflichtete in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Minimum beschränkt ist. Es kommt ausschließlich darauf an, ob das konkrete und genau erhobene Gesamtbild der Tätigkeit, die eine Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leistet, so beschaffen ist, dass sich die betreffende Person im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber wirtschaftlich in einer ähnlichen Situation befindet, wie dies beim persönlich abhängigen Arbeitnehmer typischerweise der Fall ist. Solche typischen Merkmale wirtschaftlicher Unselbständigkeit sind die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers, eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung, Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, "stille" Autorität), die Berichterstattungspflicht, die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers, das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer, die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot), die Entgeltlichkeit und die Frage, wem die Arbeitsleistung zugute kommt. Bei der Beurteilung der Frage, ob Arbeitnehmerähnlichkeit vorliegt, müssen nicht alle Kriterien, welche möglicherweise zur Bestimmung der wirtschaftlichen Unselbständigkeit relevant sein könnten, verwirklicht sein; sie müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden. Bei der Beurteilung des konkret und genau 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 gänzliche 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 den Regeln des "beweglichen Systems", indem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung gesetzt wird, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte stattfindet. 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. etwa das hg. Erkenntnis vom 6. März 2008, Zl. 2007/09/0233, mwN).

Die Tätigkeiten der beiden Ausländer waren nach den - wenn auch knappen - Feststellungen der belangten Behörde Arbeitsleistungen, die ihrer Natur nach typischerweise in einem Abhängigkeitsverhältnis erbracht werden. Sie erfolgten auch nicht aus eigener Initiative oder zu eigenem Nutzen der Ausländer, sondern waren gekennzeichnet durch den fremdbestimmten Charakter des durch die wirtschaftliche Unselbständigkeit determinierten Verhältnisses zu den vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmen, waren es doch diese, zu deren Vorteil - nämlich der Vertragserfüllung mit den jeweiligen Bauherren - die beiden Ausländer im Ergebnis tätig wurden. Dass die tatsächlich durchgeführten Arbeiten auch anderer Art waren als jene, die Gegenstand der den Ausländern ausgestellten Gewerbeberechtigungen waren, geht aus dem mit dem angefochtenen Bescheid bestätigten Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses hervor und wurde vom Beschwerdeführer auch nicht konkret in Abrede gestellt. Dass die Betriebsmittel überwiegend von den Ausländern beigestellt worden wären, hat der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nicht behauptet, stellt sich daher als vor dem Verwaltungsgerichtshof unbeachtliche Neuerung dar.

Insoweit der Beschwerdeführer bezweifelt, außer der von ihm zugestandenen Entgeltlichkeit der Tätigkeit der Ausländer sei keines der oben dargestellten Kriterien einer Arbeitnehmerähnlichkeit gegeben gewesen, ist ihm entgegen zu halten, dass auch für Fremde nicht ohne weiteres betretbare Baustellen unter den Begriff der "auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens" fallen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2003/09/0038, mwN).

Aus der Gesamtschau all dieser Umstände bleibt kein Zweifel, dass dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitnehmerähnlichkeit bei den von den beiden Ausländern verrichteten Tätigkeiten vorlag.

Insoweit der Beschwerdeführer mangelndes Verschulden an der ihm angelasteten Tat einwendet, ist ihm entgegen zu halten, dass die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, da zu ihrer Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist, zu den so genannten "Ungehorsamsdelikten" gehören, bei denen im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Abs. 1 VStG der Täter glaubhaft zu machen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 29. November 2007, Zl. 2007/09/0229, und die dort wiedergegebene Judikatur).

Der Beschwerdeführer hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und glaubhaft zu machen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich mit den Normen des AuslBG soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist. Dass er auf die Tatsache, eine Ehe mit einer EWR-Bürgerin befreie "automatisch" vom Reglement des AuslBG, vertraut hat, reicht zu seiner Entlastung allein nicht aus, sein mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG darzutun. Ihm ist daher die Glaubhaftmachung im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG nicht gelungen. Dass die belangte Behörde ferner auf Grund der bereits einschlägigen Vorstrafen und der damit vorausgesetzten Kenntnis seiner Verpflichtung als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Gesellschaft (siehe zur Haftung eines solchen das hg. Erkenntnis vom 4. April 2001, Zl. 99/09/0140), in Zweifelsfällen einschlägige Auskünfte einzuholen, bedingten Vorsatz ("In-Kauf-Nehmen") angenommen hat, begegnet keinen Bedenken.

Insoweit der Beschwerdeführer auf die Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes des § 20 VStG Bezug nimmt, nach welcher Bestimmung dann, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist, die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden kann, ist darauf zu verweisen, dass eine Herabsetzung der ausgesprochenen gesetzlichen Mindeststrafe im Hinblick auf die in § 20 VStG genannten Kriterien nicht geboten war. Ein entschuldigender oder im Rahmen der Strafbemessung zu berücksichtigender Rechtsirrtum lag - wie aus obigen Erläuterungen bereits hervorgeht - nicht vor; der Milderungsgrund des § 34 Z. 17 StGB (Geständnis) konnte nicht zum Tragen kommen, weil dieses erst nach Aufdecken

der inkriminierten Taten und lediglich im nicht mehr zu bestreitenden Sachverhaltsbereich erfolgt ist und somit in keiner Weise der Aufklärung dienlich war. Und auch ein "beträchtliches Überwiegen" der Milderungs- über die Erschwerungsgründe und damit die Voraussetzung für eine außerordentliche Strafmilderung liegen nicht vor.

Zu Unrecht beruft sich der Beschwerdeführer auch auf § 21 VStG. Nach dieser Bestimmung kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Der Beschwerdeführer macht nicht plausibel, warum sein Verhalten von den "klassischen" Fällen einer Schwarzarbeit abgewichen sein soll, wurden nach dem Inhalt der gegen ihn ergangenen Schuldsprüche doch die in Rede stehenden Ausländer in zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen beschäftigt, wie dies in zahlreichen anderen Bestrafungsfällen der Fall war. Die oben dargestellten Umstände des vorliegenden Beschwerdefalles schließen es daher aus, den Unrechtsgehalt der Tat als in atypischer Weise hinter dem Durchschnittsfall zurückbleibend zu qualifizieren.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. November 2008

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007090035.X00

Im RIS seit

19.12.2008

Zuletzt aktualisiert am

15.04.2009

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at