jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2008/3/6 2007/09/0233

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.03.2008

Index

E1E;
40/01 Verwaltungsverfahren;
59/04 EU - EWR;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

11992E048 EGV Art48;
11992E059 EGV Art59;
11992E060 EGV Art60;
11997E039 EG Art39;
11997E049 EG Art49;
11997E050 EG Art50 lita;
11997E050 EG Art50 litc;
11997E050 EG Art50;
AuslBG §2 Abs2 litb;
AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2002/I/126;
AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;
AVG §37;
AVG §39 Abs2;
AVG §45 Abs2;
VStG §25 Abs2;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des J G in I, vertreten durch Dr. Karl-Heinz Götz und Dr. Rudolf Tobler jun., Rechtsanwälte in 7100 Neusiedl am See, Untere Hauptstraße 72, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland vom 14. Dezember 2005, Zlen. K 019/12/2005.016/014, E 019/12/2005.013/011 und E 019/12/2005.015/010, betreffend Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG (weitere Parteien:

Bundesminister für Finanzen und 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 ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufungen gegen drei Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft Neusiedl am See jeweils vom 14. Februar 2005 schuldig erkannt, es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit gemäß § 9 VStG verantwortliches Organ der B GmbH und der R GmbH, jeweils mit Sitz in I, dafür verantwortlich zu sein, dass

1. die erstgenannte Gesellschaft am 11. Oktober 2004 und am 12. Oktober 2004 zwei namentlich bezeichnete ungarische Staatsangehörige mit dem Befestigen von Styropor mittels Kleber an der Außenseite eines näher beschriebenen Hauses in Podersdorf entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG beschäftigt habe;

2. die zweitgenannte Gesellschaft am 6. September und am 7. September 2004 dieselben zwei ungarischen Staatsangehörigen auf einer näher bezeichneten Baustelle in Wien mit Kanalgrabungsarbeiten entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG beschäftigt habe;

3. die erstgenannte Gesellschaft in der Zeit vom 17. September 2004 bis 23. September 2004 dieselben zwei ungarischen Staatsangehörigen auf einer näher bezeichneten Baustelle in Apetlon entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG beschäftigt habe.

Der Beschwerdeführer wurde wegen Verletzung des § 28 Abs. 1 Z 1 iVm§ 3 Abs. 1 AuslBG in den zu Pkt. 1 und Pkt. 2 genannten Verfahren jeweils mit zwei Geldstrafen in der Höhe je EUR 1.000,-- und in dem zu Pkt. 3. genannten Verfahren zu zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.200,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils 2 Tage) bestraft.

(Hinsichtlich einer weiteren Anschuldigung wurde der Berufung des Beschwerdeführers Folge gegeben und das Verfahren nach § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG eingestellt.)

Die belangte Behörde führte über die gegen den verurteilenden Spruch der Behörde erster Instanz erhobene Berufung des Beschwerdeführers eine öffentliche mündliche Berufungsverhandlung durch, auf Grund deren Ergebnisse sie folgende Feststellungen traf (soweit im Beschwerdeverfahren noch von Relevanz):

"Der BW ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. B GmbH und der Fa. R GmbH, mit Sitz jeweils in I, B. Die Fa. R GmbH hat laut Auszug aus dem Gewerberegister vom 3.10.2005 die Berechtigung für das freie Gewerbe

'Hausservice wie Reinigung, wie sie Hausbesorger zu verrichten haben, Schneeräumung, Verkehrsflächenreinigung, Rasenmähen, Hecken stutzen, Laub rechen, Wartung (nicht Reparatur) von technischen Einrichtungen, einfache Botengänge'.

Laut Gewerberegisterauszug vom 3.10.2005 hat die Fa. B GmbH einen Gewerbeschein lautend auf 'Hausservice', das hier wie folgt umschrieben ist:

'Hausservice umfassend die Reinigung, wie sie Hausbesorger zu verrichten haben, Schneeräumung, Verkehrsflächenreinigung, Rasenmähen, Laubrechen, Heckenschneiden, einfache Botengänge, Fenstereinstellen- und abdichten, Entrümpeln von wertlosen Gütern, Abklopfen von Mauern, das Vermitteln von Verträgen an befugte Gewerbetreibende. Stemmarbeiten für Installationen, die nicht den reglementierten Gewerben vorbehalten sind.'

Am 6.9.2004 und am 7.9.2004 arbeiteten die beiden ungarischen

Staatsangehörigen G. und C. S. auf der Baustelle ... in Wien für

die R GmbH. Sie wurden am 7.9.2004 um 10.05 Uhr im Innenhof dieses Hauses von Organen des Finanzamtes Wien, Sondereinsatzgruppe-Bau, bei Kanalgrabungsarbeiten - konkret beim Graben und Hinterfüllen eines Kanalschachtes - angetroffen. Nach eigenen Angaben der Arbeiter betrug die Arbeitszeit 10 Stunden pro Tag. Vom 17.9.2004 bis 23.9.2004 verrichteten die beiden ungarischen

Staatsangehörigen auf der Baustelle des ... in Apetlon

Malerarbeiten im Innenraum eines Einfamilienhauses für die Fa. B GmbH. Sie arbeiteten nach eigenen Angaben täglich von 7 bis 16 Uhr. Vom 11.10.2004 bis 12.10.2004 arbeiteten die beiden ungarischen Staatsangehörigen jeweils zwischen 7 und 15 Uhr pro Tag für die B GmbH an der Baustelle, Gästepension ..., Podersdorf ... Sie wurden beim Befestigen von Styropor an der Außenfassade dieses Hauses von Organen der Zollbehörde angetroffen. G. und C. S. arbeiteten auf diesen Baustellen jeweils für einen Stundenlohn von 6 Euro. Das Geld wurde ihnen nach Fertigstellung der Arbeiten durch den BW in bar ausbezahlt. Das Werkzeug und das Arbeitsmaterial wurden jeweils vom BW zur Verfügung gestellt."

Nach ausführlicher Darlegung ihrer Erwägungen zur Beweiswürdigung und der Rechtslage führte die belangte Behörde fallbezogen aus, der Beschwerdeführer habe sich mit dem Abschluss mündlicher Werkverträge mit den in Rede stehenden ausländischen Staatsangehörigen verantwortet und darauf verwiesen, diesen käme Unternehmereigenschaft zu, insbesondere da sie im Besitze einer ungarischen Gewerbeberechtigung für Anstrich und Tapezieren gewesen seien. Dem sei allerdings entgegenzuhalten, dass die ungarischen Arbeiter nicht nur mit Maler- und Tapeziererarbeiten, sondern auch mit dem Anbringen eines Vollwärmeschutzes an der Außenfassade eines Hauses in Podersdorf angetroffen worden seien, sowie auf einer Baustelle in Wien gar bei Kanalgrabungsarbeiten. Im Übrigen sei vom Abschluss mündlicher Werkverträge erst zu einem Stadium im Verwaltungsstrafverfahren die Rede gewesen, als der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten gewesen sei. Für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis spreche einerseits der Umstand, dass sowohl Arbeitsmaterial als auch Werkzeug jeweils vom Beschwerdeführer beigestellt worden sei, andererseits aber auch vor allem die Annahme, dass kein Fixpreis für die Herstellung eines Werkes vereinbart worden sei, sondern ein Stundenlohn für Arbeitsleistung in Höhe der festgestellten EUR 6,--. Es habe dem Beschwerdeführer zwar nicht nachgewiesen werden können, dass die tägliche Arbeitszeit von ihm im Vorhinein festgelegt worden sei, doch stehe dieser Umstand allein der Annahme einer Arbeitnehmerähnlichkeit des Verhältnisses zu den beiden Ausländern ebenso wenig im Wege wie die Annahme, dass diese nicht ständig für die Firma des Beschwerdeführers gearbeitet hätten, habe doch der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung selbst vorgebracht, dass beide von ihm vertretenen Unternehmen nur insgesamt etwa 10 Baustellen im Jahr betrieben und die beiden Ungarn auf diesen drei Baustellen erstmals für ihn tätig geworden seien. Die belangte Behörde gehe daher vom Vorliegen einer dem AuslBG unterliegenden bewilligungspflichtigen Beschäftigung aus. Behaupte der Beschwerdeführer nun, dem stehe der Wortlaut des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG entgegen, verkenne er, dass die Anwendung der Bestimmungen der Gewerbeordnung, auf die sich der Beschwerdeführer offensichtlich beziehe, die Ausübung eines Gewerbes in Österreich voraussetzten. Dass die ungarischen Staatsangehörigen in wirtschaftlicher Abhängigkeit für die beiden Unternehmen des Beschwerdeführers gearbeitet und dabei in Österreich nicht selbständig ein Gewerbe ausgeübt hätten, sei bereits dargelegt worden. Da auch die EU-Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG-Vertrag auf die Ausübung selbständiger Erwerbstätiger im Inland als Anwendungsvoraussetzung abstelle, sei in der Bestrafung nach dem AuslBG kein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht zu erkennen.

Entsprechend der Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG sei vom Vorliegen fahrlässigen Verhaltens auszugehen gewesen. Insoweit der Beschwerdeführer sich auf mangelndes Verschulden berufe, sei darauf zu verweisen, dass er sich beim Arbeitsmarktservice hätte erkundigen müssen, ob die Beschäftigung der beiden Ungarn, wie sie sich im vorliegenden Fall darstelle, die Verpflichtung zur Einholung von Bewilligungen nach dem AuslBG ausgelöst habe oder nicht. Dass der Beschwerdeführer eine solche Erkundigung eingeholt habe, sei nicht behauptet worden. Die bloße Behauptung, es sei "professioneller Rat" eingeholt worden, sei jedenfalls nicht geeignet, ihn zu exkulpieren, zumal er im gesamten Verfahren Beweisanbote oder ein näher substantiiertes Vorbringen schuldig geblieben sei. Mangels eines Nachweises für ein "innerbetriebliches Gesamtkonzept" könne auch nicht von einem fortgesetzten Delikt (und damit von lediglich einer Verwirklichtung des strafbaren Tatbestandes) ausgegangen werden.

Im Übrigen legte die belangte Behöre ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde im Umfange der Nichtstattgebung seiner Berufungen gegen die erstinstanzlichen Straferkenntnisse.

In der Beschwerde wird lediglich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend gemacht.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer rügt die Unterlassung entscheidungswesentlicher Feststellungen, so etwa der Feststellung, dass beide Ungarn selbständige Unternehmer mit Haupttätigkeitskreis "Anstrich" und "Tapezieren" gewesen seien, für die die zuständigen ungarischen Gewerbebehörden jeweils einen Unternehmerausweis ausgestellt hätten. Beide verfügten als Unternehmer neben diesem Unternehmerausweis samt Evidenzzahl über eine Steuernummer. Ungarn sei seit dem 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Gemeinschaft, sodass ungarische Unternehmer auf Grund der ungarischen Gewerbeberechtigung auch in Österreich Leistungen erbringen dürften. Dabei seien ungarische Unternehmer zu sämtlichen Leistungen berechtigt, die sie auch in Ungarn auf Grund des ihnen ausgestellten Unternehmerausweises durchführen dürften. Ungarische Anstreicher dürften allerdings - sowohl in Ungarn als auch insbesondere nach dem EG-Vertrag in den übrigen Mitgliedstaaten der EU - auch Fassadenarbeiten durchführen und Styropor mittels Kleber an der Außenseite eines Hauses befestigen. Zu sämtlichen festgestellten Leistungen seien die beiden ungarischen Staatsangehörigen zu den in den jeweiligen erstinstanzlichen Straferkenntnissen genannten Zeiträumen im Hinblick auf die ihnen in Ungarn erteilte Gewerbeberechtigung und den für sie ausgestellten Unternehmerausweisen auch in allen anderen Staaten der Europäischen Gemeinschaft und daher auch in Österreich berechtigt gewesen. Im Übrigen lägen auch keinerlei Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vor, wobei insbesondere auf das Vorliegen von Werkverträgen hingewiesen werde. Die Feststellungen der belangten Behörde lieferten keinen Anhaltspunkt dafür, dass die genannten ungarischen Staatsangehörigen von der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft wirtschaftlich abhängig gewesen wären. Auch habe die belangte Behörde nicht festgestellt, dass sie vom Beschwerdeführer in einen von ihrem Willen unabhängigen Arbeitsablauf eingegliedert worden wären oder eine der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaften potenziell die Möglichkeit gehabt hätte, die Arbeit durch Weisungen so organisieren. Im Übrigen würde selbst wirtschaftliche Abhängigkeit das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung im Gegenstand nicht bewirken, weil beide auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Spezialvorschriften tätig geworden seien. Die Zurverfügungstellung von Werkzeug und Arbeitsmaterial sei durchaus auch mit der Annahme eines Werkvertrages zu vereinbaren. Auch dem Umstand, dass die den beiden Ungarn ausgestellten Gewerbeberechtigungen für "Anstrich und Tapezieren" erteilt, die beiden Ausländer allerdings bei der Baustelle in Podersdorf beim Anbringen eines Vollwärmeschutzes an einer Außenfassade angetroffen worden seien, sei nicht bedeutsam. Maßgeblich sei nämlich, welchen Befugnisbereich eine ungarische Berechtigung den ungarischen Gewerbeberechtigten vermittle. Fassadenarbeiten fielen in den Befugnisbereich eines ungarischen Unternehmers mit dem Tätigkeitskreis "Anstrich und Tapezieren".

Im Übrigen stellten die angenommenen Tatzeiträume vom 6. und 7. September 2004, 17. bis 23. September 2004 und 11. und 12. Oktober 2004 eine rechtliche Einheit dar, sodass keine Realkonkurrenz, sondern bloße Scheinkonkurrenz vorliege, der Beschwerdeführer daher von der Behörde lediglich ein einziges Mal hätte verurteilt werden dürfen. Auch übersehe die belangte Behörde einen wesentlichen Milderungsgrund. Der Beschwerdeführer sei nämlich einem Rechtsirrtum unterlegen, sodass der Schuldvorwurf nicht so schwer zu werten sei, als für den Fall des Vorliegens eines vollen Unrechtsbewusstseins. Sein Verschulden sei jedenfalls als geringfügig zu qualifizieren, weshalb auch die Tatbestandsvoraussetzungen nach § 21 VStG verwirklicht gewesen seien. Auch die Verweigerung der außerordentlichen Strafmilderung nach § 20 VStG sei rechtswidrig erfolgt, stünden doch zwei erheblichen Milderungsgründen (nämlich dem des Rechtsirrtums sowie dem eines Tatsachengeständnisses) keine Erschwerungsgründe gegenüber.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer eine inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht auf:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung 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. 126/2002, 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.

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG 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 Geldstrafen 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.

Nach 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.

Der Begriff der Beschäftigung ist durch die oben zitierte Bestimmung des § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, 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 20. Mai 1998, Zl. 97/09/0241).

Die Tätigkeiten der beiden ausländischen Staatsangehörigen an den unterschiedlichen Tattagen waren nach den 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. Zu Recht hat die belangte Behörde bereits darauf verwiesen, dass es im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG auch nicht darauf ankam, in welche Vertragsform die für die vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaften erbrachten Dienstleistungen gekleidet wurden (hier: Werkverträge), abgesehen davon, dass keiner der beiden Ausländer über eine im Inland ausgestellte Gewerbeberechtigung verfügte.

Insoweit der Beschwerdeführer seine Argumentation auf den per 1. Mai 2004 erfolgten Beitritt der Republik Ungarn zur Europäischen Gemeinschaft und das darin verankerte Recht auf freien Dienstleistungsverkehr stützt, ist Folgendes auszuführen:

Art. 39 (ex-Art. 48) des Vertrages über die Europäische Union (EGV) normiert die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft. Der persönliche Anwendungsbereich dieser Vorschrift umfasst Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines der Mitgliedstaaten. Dabei wird der Begriff des Arbeitnehmers in dieser Bestimmung selbst nicht definiert. Auf Grund des anlässlich der EU-Osterweiterung per 1. Mai 2004 ausgehandelten Übergangsregelungsmodells kann aber die Arbeitnehmerfreizügigkeit für Staatsangehörige der neuen Beitrittsländer - wie Ungarn - bis zu maximal 7 Jahren beschränkt werden, wobei in den ersten zwei Jahren nach dem Beitritt die Freizügigkeit ausgesetzt werden konnte. Von dieser Möglichkeit hat Österreich Gebrauch gemacht.

Art. 49 (ex-Art. 59) EGV ordnet das grundsätzliche Verbot von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft an, wobei Art. 50 (ex-Art. 60) EGV den Begriff der - in der Regel von Selbständigen erbrachten (vgl. Calliess/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Auflg. 2007, Rz. 6) Dienstleistungen mit Leistungen definiert, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Als Dienstleistung gelten insbesondere

a) gewerbliche Tätigkeiten, b) kaufmännische Tätigkeiten, c) handwerkliche Tätigkeiten, d) freiberufliche Tätigkeiten. Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zur Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeiten vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter

den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

Im Beschwerdefall hatte die Behörde daher darüber zu befinden, ob die von den im Beschwerdefall in Rede stehenden Ausländern ausgeübte Tätigkeit im Sinne des Art. 39 EGV eine unselbständige oder im Sinne des Art. 50 lit a) oder c) EGV eine selbständige Tätigkeit war.

Soweit sie die nationalen Vorschriften des AuslBG für diese Beurteilung heranzog und zum Ergebnis kam, es liege unselbständige Tätigkeit vor, unterlief ihr - wie dargelegt - kein Rechtsirrtum. Auf die Besonderheiten des EU-Rechts ist die Behörde hingegen nicht eingegangen. Der Verwaltungsgerichtshof hatte sich bei Überprüfung des gegenständlichen Falles daher auch mit der Frage zu befassen, ob die Tätigkeit der beiden Ungarn nach EU-Recht eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit war. Beide Ungarn wiesen jeweils auf sie lautende in ihrem Heimatland Ungarn ausgestellte "Unternehmerausweise" vor, wonach sie selbständige "Maler und Tapezierer" sind. In Bezug auf Tätigkeiten, die zu diesem Unternehmerprofil gehören, könnten sie somit als unternehmerisch tätig beurteilt werden. Der EuGH hat zur Frage der Unterscheidung zwischen unselbständiger und selbständiger Tätigkeit bereits wiederholt ausgeführt, dass zu den Arbeitnehmern im Sinne des Art. 39 EGV alle Personen gehören, die eine tatsächliche und echte Tätigkeit im Lohn- und Gehaltsverhältnis ausüben. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, bedarf einer Prüfung anhand objektiver Kriterien und einer Gesamtbetrachtung aller Umstände, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeit und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen. Das wesentliche Merkmal für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sieht der EuGH darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. die zu Rz 10 und 11 in Calliess/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 3. Auflg. 2007, 713f abgedruckte Rechtsprechung des EuGH). Es kommt daher allein auf das Unterordnungsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger an, wobei diesbezüglich zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied besteht. Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor, weil gerade bei Betrachtung aller Gesamtumstände des Beschwerdefalles, insbesondere den Angaben der betroffenen Ausländer, kein Zweifel daran aufkommen kann, dass die von ihnen verrichteten Tätigkeiten auf Weisung des Beschwerdeführers (wann, wo, wie?) in Erfüllung eines von ihm zu erfüllenden Werkauftrages erbracht worden waren.

Insoweit der Beschwerdeführer auf ein "innerbetriebliches Gesamtkonzept" verweist und damit das Vorliegen eines "fortgesetzten Delikts" behauptet, welches eine mehrfache Bestrafung unzulässig mache, ist er darauf zu verweisen, dass Voraussetzung für die Annahme eines "fortgesetzten Deliktes" ist, dass nicht nur eine Reihe von gleichartigen Einzelhandlungen von einem einheitlichen Willensentschluss umfasst sind, sondern auch die äußeren Begleitumstände im Rahmen eines erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs zu einer Einheit zusammentreten. Derartige Begleitumstände wurden aber vom Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nicht näher dargelegt und auch sonst kein Vorbringen erstattet, wonach er durch ein nach außen hin in Erscheinung tretendes Verhalten zu erkennen gegeben hätte, dass er ein allfälliges, seinen Einzelhandlungen zugrundeliegendes betriebliches Gesamtkonzept verwirklicht hätte. In diesem Zusammenhang ist ferner zu beachten, dass die betroffenen Ungarn in dem zu Pkt. 1. genannten Tatzeitraum nach seinen eigenen Angaben zum ersten Mal für ihn tätig waren. Rügt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang die Unterlassung weiterer Ermittlungen der Behörde, so ist er darauf zu verweisen, dass mit der amtswegigen Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung die Pflicht der Parteien, an der Ermittlung des Sachverhaltes mitzuwirken, korrespondiert. Die Offizialmaxime entbindet daher die Parteien nicht davon, durch substanziiertes Vorbringen zur Ermittlung des Sachverhaltes beizutragen, wenn es einer solchen Mitwirkung bedarf. Dort, wo es der Behörde nicht möglich ist, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ohne Mitwirkung der Partei festzustellen, ist von einer Mitwirkungspflicht der Partei auszugehen, was insbesondere bei jenen betriebsbezogenen und personenbezogenen Umständen der Fall sein wird, deren Kenntnis sich die Behörde nicht von Amts wegen verschaffen kann. Es bedarf aber mehr als einer bloß pauschalen und unsubstanziierten Behauptung, also eines gewissen Mindestmaßes an Konkretisierung des Vorbringens, um die Pflicht der Behörde zum weiteren Tätigwerden, etwa Aufforderung der Partei, mitzuteilen, welche Angaben zur Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs noch benötigt werden, und hiefür Beweise anzubieten, auszulösen. Die Verletzung der Mitwirkungspflicht der Partei hat zur Folge, dass sie eine sich daraus ergebende, zu ihrem Nachteil unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsannahme durch die belangte Behörde nicht mehr geltend machen kann (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2002/09/0144, mwN).

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 ohnedies im Bereich der gesetzlichen Mindeststrafe verhängten Strafen 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. Damit lag ein "beträchtliches Überwiegen" der Milderungs- über die Erschwerungsgründe und damit die Voraussetzung für eine außerordentliche Strafmilderung 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. Auch ist nicht erkennbar, dass die Folgen der Tat, nämlich die hintan zu haltende Wettbewerbsverzerrung und die auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu erwartenden schweren volkswirtschaftlichen Schäden durch die Beschäftigung illegaler Arbeitskräfte bloß unbedeutend seien.

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 6. März 2008

Schlagworte

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007090233.X00

Im RIS seit

10.04.2008

Zuletzt aktualisiert am

20.01.2015

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at