

# TE Vwgh Erkenntnis 2000/11/29 98/09/0153

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.11.2000

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lit.a;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Bachler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Flendrovsky, über die Beschwerde des L in L, vertreten durch Dr. Georg Peterlunger, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Kajetanerplatz / Schanzlgasse 8, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Salzburg vom 31. März 1998, Zl. UVS-11/499/3-1998, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: 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 S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 31. März 1998 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Z-Verlags- und Vertriebsgesellschaft mbH mit dem Sitz in S zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeber in der Filiale in I 14 namentlich genannte Ausländer (deren jeweilige Staatsangehörigkeit im erstinstanzlichen Straferkenntnis bezeichnet wurde) während der im Einzelnen näher bezeichneten (in allen Fällen bis zum 31. März 1995 reichenden) Zeiträume ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung beschäftigt habe. Wegen dieser als 14 Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) qualifizierten Taten wurden über den Beschwerdeführer nach dem dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG sieben Geldstrafen in der Höhe von jeweils S 25.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils drei Tage), drei Geldstrafe in der Höhe von jeweils S 23.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils zwei Tage und zwölf Stunden) und vier Geldstrafen in der Höhe von jeweils S 20.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils zwei Tage) sowie Kostenbeiträge von S 32.400,-- für das erstinstanzliche Verfahren und S 64.800,-- für das Berufungsverfahren verhängt.

Die belangte Behörde hat ihrer Entscheidung in sachverhältnismäßiger Hinsicht den im angefochtenen Bescheid

wiedergegebenen Inhalt des im Wortlaut gleich lautenden mit jedem Ausländer zu unterschiedlichen Zeitpunkten geschlossenen "Werkvertrags" zu Grunde gelegt. Sie hat als erwiesen angenommen, dass die 14 Ausländer ab dem jeweils unter Punkt 4. in diesen Verträgen eingetragenen Zeitpunkten des Vertragsbeginns bis am 31. März 1995 als Werbemittelverteiler in der Filiale I ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt worden seien; zusätzliche schriftliche Vereinbarungen (über die jeweiligen Werkverträge hinaus) seien nicht getroffen worden. In Einzelfällen seien den Werbemittelverteilern mündliche Anweisungen erteilt worden, wie die Arbeit zu erbringen sei. Ein Teil der Werbemittelverteiler sei regelmäßig interessiert gewesen, Werbemittelverteilungen durchzuführen, ein anderer Teil habe Aufträge in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen gewünscht; das für die Verteilung jeweils erzielbare Honorar sei daher unterschiedlich (monatlich S 3.500,-- bis S 4.000,-- oder weniger). Verteilungsaufträge seien während eines bestimmten Zeitraumes zu erfüllen gewesen; die Verteilung der Werbemittel sei kontrolliert worden. Bei nicht ordnungsgemäßer Verteilung sei dem Verteiler kein Honorar bezahlt worden; die Tarifsätze für das Honorar seien nach der Struktur des Rayons und der Anzahl der zu verteilenden Werbemittel gestaffelt gewesen (in der Regel 30 Groschen pro Prospekt). Im Falle nicht termingerechter Erfüllung habe dem Arbeitnehmer - neben dem Entfall seines Entgeltanspruches - eine Pönalezahlung von S 5.000,-- gedroht. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass die Verteiler zur Werbemittelverteilung verpflichtet gewesen seien. Auch wenn dies in der Praxis nicht so streng gehandhabt worden sei, habe der Verteiler bei Ablehnung eines Auftrages mit der Beendigung seines Vertragsverhältnisses rechnen müssen. Der jeweilige Werbemittelverteiler sei in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber (das ist die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft) gestanden, seine Verteilungstätigkeit habe gegebenenfalls erzwungen werden können.

Ausgehend von der wiedergegebenen Judikatur führe die Betrachtung der vorliegenden Gesamtumstände zu dem Ergebnis, dass die mit Werkverträgen beschäftigten Ausländer zu der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft in arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen gestanden seien. Ein umgrenztes, vereinbarungsgemäß umschriebenes Werk habe gefehlt; vielmehr habe eine unbefristete Verpflichtung bestanden, für Werbemittelverteilungen zur Verfügung zu stehen. Dies habe eine maßgebliche Einschränkung des Verteilers bewirkt, sich am Arbeitsmarkt anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Der Verteiler habe mit Entgeltskürzungen zu rechnen gehabt, wenn von der Kontrolle der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft eine mangelhafte Erfüllung des Verteilungsauftrages festgestellt worden sei, und er habe über keine Betriebsstätte bzw. Betriebsmittel, allenfalls in nur geringen Umfang (etwa eigenes Moped oder PKW), verfügt. Der in den Verträgen mit dem Verteilern vorgesehenen Möglichkeit der Substitution (Heranziehung von Gehilfen) sei deshalb nur geringe praktische Bedeutung zugekommen, weil auf Grund der schlechten tarifmäßigen Bezahlung der Werbemittelverteilung bei Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften eine Substituierung für den Verteiler nicht kostendeckend gewesen wäre; faktisch sei sie nur ausnahmsweise durch Familienangehörige oder Freunde in Betracht gekommen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Der Beschwerdeführer erachtet sich nach seinem gesamten Vorbringen durch den angefochtenen Bescheid in dem Recht verletzt, nicht der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG schuldig erkannt und dafür bestraft zu werden. Er beantragt, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten den Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer macht als Verfahrensmangel geltend, dass die Einvernahme des Zeugen G zu Unrecht unterblieben sei, weil er diesen Zeugen auch zum Beweis dafür geführt habe, dass die Verantwortlichkeit gemäß § 9 Abs. 1 VStG an G als Beauftragten im Sinne des § 9 Abs. 2 leg. cit. übertragen worden sei.

Dieser Verfahrensmangel liegt nicht vor, ist dem zu diesem Beweisanspruch in der Berufung und in der Beschwerde erstatteten Vorbringen doch nicht zu entnehmen, dass G jemals zum verantwortlichen Beauftragen im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG wirksam bestellt worden sei. Dass G für den Bereich der Filiale I die Befugnis und "Verantwortung" zum Abschluss von Werkverträgen mit Werbemittelverteilern übertragen wurde und G demnach sämtliche Werkverträge unterfertigte, bewirkte nämlich keinen Wechsel in der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit. Auch der Umstand, dass "der Anzeigenleger den Niederlassungsleiter G aufforderte, die Werkvertragsnehmer bekannt zu

geben" vermag daran nichts zu ändern, dass - mangels wirksamer Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten - der Beschwerdeführer für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die Z- Verlags -und Vertriebsgesellschaft mbH zufolge § 9 Abs. 1 VStG als handelsrechtlicher Geschäftsführer (somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ) dieser Gesellschaft strafrechtlich verantwortlich blieb.

Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Beurteilung der belangte Behörde wendet, die nach dem Tatvorwurf vorliegend beschäftigten Ausländer seien zu der von ihm vertretenen Gesellschaft in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gestanden, ist auf die grundsätzlichen Ausführungen der zu Arbeitnehmerähnlichkeit ergangenen ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 12. Februar 1986, Zl. 84/11/0234, vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, vom 15. Dezember 1994, Zl. 94/09/0085, vom 16. Dezember 1997, Zl. 96/09/0328, vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0185, und vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0011). Demnach ist nicht die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung (zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger) entscheidend, sondern die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des "Arbeitnehmerähnlichen", die darin zu erblicken ist, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig ist. Maßgebend ist dabei der "organisatorische Aspekt der wirtschaftlichen Unabhängigkeit". In dieser Hinsicht bedarf es der Prüfung, ob das konkrete Gesamtbild der Tätigkeit des "Arbeitnehmerähnlichen" so beschaffen ist, dass dieser trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, seine Arbeitskraft - insoweit er durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über seine Arbeitskraft gehindert ist - anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Bei dieser Beurteilung ist (in methodischer Hinsicht) zu beachten, dass nicht alle Kriterien, die in einem konkreten Einzelfall möglicherweise relevant sein können, als solche aber gar nicht erschöpfend erfassbar sind, verwirklicht sein müssen. Eine Person kann als arbeitnehmerähnlich auch beurteilt werden, hinsichtlich deren Tätigkeit das eine oder andere (relevante) Merkmal fehlt oder nur geringfügig ausgeprägt ist, während andere Merkmale in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kommen. Einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, dürfen nicht isoliert von einander, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl und Stärke (Gewicht) bewertet werden.

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 Unselbstständigkeit 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 den Regeln des "beweglichen Systems", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass einen 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. hiezu mit zahlreichen weiteren Nachweisen auch Bachler, Ausländerbeschäftigung 1995, Seite 11 f).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wird in seiner Beschwerde kein wesentlicher Umstand aufgezeigt, der die gebotene Gesamtbetrachtung der belangten Behörde als rechtswidrig erschienen ließe. Die ins Treffen geführte arbeitsgerichtliche Entscheidung (das erstinstanzliche Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 24. April 1990 zu 20 Cg 45/90 in der Arbeitsrechtssache des Klägers W gegen die Beklagte Z-Verlags- und Vertriebsgesellschaft mbH) hat für das vorliegende Verwaltungsstrafverfahren keine Bindungswirkung. Es ist auch vor dem Hintergrund des Beschwerdevorbringens nicht zu erkennen, welche entscheidenden Gesichtspunkte dem genannten Urteil des Landesgerichtes Salzburg oder auch den vom Beschwerdeführer als wesentlichen angesehenen "Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes" zu entnehmen sind, um im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis der nach dem Tatvorwurf beschäftigten Ausländer zu verneinen, würde doch die Verneinung eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses im Fall des Klägers Bertram Weihs nicht automatisch die fallbezogen gebotene Gesamtbeurteilung der Verhältnisse der Ausländer zur vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft entbehrlich machen. Dass W und die vorliegend beschäftigten Ausländer - abgesehen vom Wortlaut des "Werkvertrages" - unter wenigstens vergleichbaren (sozialen und wirtschaftlichen) Bedingungen tätig geworden seien, behauptet der Beschwerdeführer nicht.

Dem in der Beschwerde erhobenen Vorwurf, die belangte Behörde hätte sich damit auseinander setzen müssen, ob

die Ausländer - neben ihrer Vertragsbeziehung zu der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft - in der Lage gewesen seien, ihrer Arbeitskraft anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen, ist zu erwidern, dass die belangte Behörde in dieser Hinsicht im angefochtenen Bescheid dargelegt hat, die vertraglich vereinbarte unbefristete Verpflichtung des Verteilers für Werbemittelverteilungen zur Verfügung zu stehen, habe eine maßgebende Einschränkung des Verteilers bewirkt, sich am Arbeitsmarkt anderweitig einzusetzen. Dazu kommt, dass - nach den Feststellungen der belangten Behörde - der Möglichkeit der Substituierung (durch den Einsatz von Gehilfen) keine praktische Bedeutung zukommt. Den in der Beschwerde vorgebrachten (abstrakten) Vertragsbestimmungen, deren Merkmale gegen ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen sollen, kommt vor dem Hintergrund der tatsächlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen bzw. der konkreten Umsetzung der Verträge für die Beurteilung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Ausländer demnach keine entscheidendes Gewicht zu. Der Beschwerdeführer erkennt, dass die Anwendung der Bestimmungen des AuslBG allein durch inhaltliche Ausgestaltung der mit den Ausländern getroffenen schriftlichen Vereinbarungen, weil diese nicht nach dem Wortlaut, sondern nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen sind, nicht beseitigt werden kann (vgl. § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG). Dass etwa von der im Vertrag vorgesehenen Möglichkeit der Verwendung eines Substituten wenigstens einer der beschäftigten Ausländer (Verteiler) tatsächlich Gebrauch gemacht habe, behauptet der Beschwerdeführer nicht. Es vermag - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - die konkreten wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen des Ausländers (Verteilers) demnach nicht zu ändern, wenn - wie in der Beschwerde behauptet wird - allein die Vertragstexte bzw. "die freien Dienstverhältnissen so gestaltet wurden, dass die Werkvertragsnehmer als Selbstständige anzusehen sind", weil für die Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit nicht die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung oder deren inhaltliche Ausgestaltung, sondern die konkreten wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen unter denen die Tätigkeit erbracht (ausgeübt) wird, entscheidend ist. Dass neben der inhaltlichen Ausgestaltung der Verträge auch andere gegen eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG sprechenden Umstände vorgelegen seien, hat der Beschwerdeführer weder in seiner Berufung vorgebracht, noch behauptet er dies in seiner Beschwerde.

Insoweit in der Beschwerde die unterlassene Einvernahme des Zeugen G auch deshalb als Verfahrensmangel gerügt wird, weil dieser Zeuge zum Beweis geführt worden sei, dass "der geforderte organisatorische Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Werkvertragsnehmer zur Z nicht gegeben war", unterlässt es der Beschwerdeführer, einen konkreten und erheblichen Sachverhalt darzulegen, der durch dieses Beweismittel hätte erwiesen werden sollen, hat er im gesamten Verwaltungsstrafverfahren doch ausschließlich mit dem Inhalt der mit den Verteilern geschlossenen Verträgen argumentiert, aber darüber hinaus nichts vorgebracht, was für die Beurteilung des organisatorischen Aspektes der wirtschaftlichen Abhängigkeit maßgebend hätte sein können. Dazu kommt, dass in der Beschwerde nicht hinreichend dargelegt wird, aus welchem Grund die belangte Behörde gerade durch die Aussage dieses Zeugen zu einem anderen Bescheid hätte kommen können, ist doch auch vor dem Hintergrund des Beschwerdevorbringens nicht zu erkennen, in welcher Weise die vom Zeuge P aus seiner Kenntnis der Verhältnisse in S abgelegte Aussage einer Ergänzung (durch die Aussage des Zeugen Zickbauer) bedarf bzw. über welche besonderen organisatorischen Verhältnisse in Tirol der Zeuge G Wahrnehmungen gemacht hat. Den in der Beschwerde gerügten Verletzungen von Verfahrensvorschriften fehlt somit die erforderliche Relevanz (§ 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG).

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

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 4167/1994.

Wien, am 29. November 2000

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2000:1998090153.X00

#### **Im RIS seit**

13.02.2001

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)