

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/10/3 2012/09/0016

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.10.2013

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §28a Abs2;  
AuslBG §3 Abs1;  
VStG §44a Z1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok sowie die Hofräte Dr. Rosenmayr und Mag. Feiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des AP in L, vertreten durch Dr. Georg Lehner, Rechtsanwalt in 4600 Wels, Südtirolerstraße 12a, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 28. Juli 2011, Zi. VwSen-252829/19/Py/Hu, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesministerin für Finanzen; Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

## Begründung

Auf Grund der Beschwerde und des mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheides steht folgender Sachverhalt fest:

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid erkannte die belangte Behörde den Beschwerdeführer schuldig, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P & P R-gmbH mit Sitz in T zu verantworten, dass diese als Arbeitgeberin in der Zeit vom 7. September 2008 bis 5. März 2009 den georgischen Staatsangehörigen SG als Zusteller beschäftigt habe, obwohl für diesen keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen erteilt oder Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) begangen. Es wurde über ihn wegen dieser Verwaltungsübertretung eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- , im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 72 Stunden, verhängt.

Die belangte Behörde stellte dazu nach Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung folgenden Sachverhalt fest:

"Der (Beschwerdeführer) war zum Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma P & P R-gmbH (nunmehr Firma P GmbH) mit Sitz in T, (...) (in der Folge: 'Firma P'). Das Unternehmen betreibt in T, Le sowie Li Pizzalokale über die Speisen und Getränke nach telefonischer bzw. Internet-Bestellung an angegebene Adressen zugestellt werden.

In der Zeit vom 7. September 2008 bis 5. März 2009 beschäftigte die 'Firma P' den georgischen Staatsangehörigen Herrn SG, geb. am 14.4.1974, als Zusteller.

Arbeitsmarktbehördliche Genehmigungen für diese Beschäftigungen lagen nicht vor.

Herr G, der sich als Asylwerber in Österreich aufhält und auf der Suche nach Arbeit war, hat von anderen Asylwerbern erfahren, dass sie als Zusteller für die 'Firma P' arbeiten. Er sprach deshalb bei der 'Firma P' in Li (...) vor und erhielt von der dortigen Mitarbeiterin die Auskunft, dass er als Asylwerber als Zusteller arbeiten könne. Voraussetzung war die Vorlage eines Identitätsnachweises und eines Führerscheines. Weiters benötigte er ein Fahrzeug, das aber nicht auf ihn angemeldet sein musste. Er bekam einen 'Werkvertrag' ausgehändigt, den er sich durchlesen und bei Interesse unterzeichnen sollte. Gleichzeitig wurde ihm geraten, zunächst ein oder zwei Tage mit einem Zusteller mitzufahren, um die erforderlichen Arbeitsabläufe kennen zu lernen. Von diesem Angebot machte Herr G auch Gebrauch, unterzeichnete die ihm vorgelegten Verträge und nahm die Zustellertätigkeit auf."

Anschließend stellte die belangte Behörde den vom Ausländer abgeschlossenen Vertrag dar, aus dem hervorzuheben sind:

#### 1. Angaben zur Person

...

#### 2. Rahmenvertragsdauer und -ende

Das gegenständliche Rahmenvertragsverhältnis beginnt am 07.09.08 und wird auf die Dauer der jeweiligen Einzelaufträge abgeschlossen. Dieser Vertrag kann von beiden Vertragsteilen jederzeit und ohne Angaben von Gründen beendet werden.

#### 3. Art der Tätigkeit

Der/die Auftragnehmer/in wird mit folgender Tätigkeit betraut:

Zustellung von Speisen, Getränken und sonstigen Waren mit einem von Auftragnehmer/in bereitzustellenden Fahrzeug.

Der/die Auftragnehmer/in übernimmt über jeweils gesonderten Auftrag des Auftraggebers, Speisen, Getränke und sonstige Waren von dessen Geschäftslokal ohne Verzug zu vom Auftraggeber im Einzelnen namhaft gemachten Kunden zu transportieren, das Inkasso an Ort und Stelle vorzunehmen und die einkassierten Geldbeträge nach Abschluss der Tätigkeit sofort an den Auftraggeber auszufolgen. Der Auftragnehmer haftet für den ordentlichen Zustand der ausgefolgten Ware bis zur Übergabe an den Empfänger. Bei einer vom Auftraggeber gewährten Zeitgarantie, bei dessen Überschreitung die Ware dem Kunden unentgeltlich auszufolgen sind, hat der Auftragnehmer dafür zu sorgen, dass diese Garantie nach den gegebenen Möglichkeiten bzw. kaufmännischen Regeln auch eingehalten wird, ansonsten dieses Risiko auf den Auftragnehmer übergeht.

Der einzelne Auftrag erlischt, sobald der/die Auftragnehmer/in die von ihm/ihr zur Zustellung übernommenen Waren beim jeweiligen Kunden abgeliefert und die einkassierten Gelder an den Auftraggeber vollständig ausgefolgt hat.

Der/die Auftragnehmer/in hat keinen Anspruch darauf, vom Auftraggeber ständig oder wiederholt mit der Durchführung von Zustellfahrten beauftragt zu werden. Die Beauftragung liegt im ausschließlichen Ermessen des Auftraggebers.

Der/Die Auftragnehmer/in ist nicht verpflichtet, an ihn/sie im Einzelnen herangetragene Zustellfahrten zu übernehmen. Übernimmt der/die Auftragnehmer/in jedoch die in Auftrag gegebene Zustellfahrt, erfolgt diese zu nachstehenden Bedingungen.

#### 4. Dienstort

Der/die Auftragnehmer/in ist an keinen Standort gebunden.

#### 5. Weisungsfreiheit

Der/die Auftragnehmer/in unterliegt, soweit dies nicht durch die Natur des Auftrages vorgegeben ist, bei der Erfüllung des Vertrages bzw. bei der Durchführung der von ihm vorgenommenen Tätigkeit hinsichtlich Zeiteinteilung und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes keinerlei Weisungen des Auftraggebers.

#### 6. Betriebsmittel

Alle sonstigen Betriebsmittel - insbesondere ein eigenes Kraftfahrzeug und die Wärmetaschen - sind vom Auftragnehmer/in beizustellen.

...

#### 8. Entgelt

Für seine gesamte in Punkt 3 dieses Werkvertrages umschriebene Tätigkeit erhält der/die Auftragnehmer/in je ordnungsgemäß durchgeföhrter Zustellfahrt ein Honorar/Entgelt nach folgender Aufstellung:

...

Es wird ein Zustellsatz in der Höhe von 2 Euro vereinbart.

Montag bis Freitag 11h bis 16h:

In diesem Zeitraum wird dem/der Auftragnehmer/in die Beauftragung von 3 Zustellungen je Stunde zugesichert. Sollten auf Grund der Auftragslage mehr Zustellungen anfallen, kann der Auftragnehmer diese in Rechnung stellen.

0h bis 3h:

In diesem Zeitraum wird dem/der Auftragnehmer/in die Beauftragung von 3 Zustellungen je Stunde zugesichert. Sollten auf Grund der Auftragslage mehr Zustellungen anfallen, kann der/der Auftragnehmer/in diese in Rechnung stellen. Weiters kann der/die Auftragnehmer/in für die sich aus dem um im Radius ca. 10 Kilometer größeren Zustellgebiet ergebenden längeren Zustellwege eine zusätzliches Honorar in der Höhe von EUR 1,61 pro angefahrener Adresse in Rechnung stellen.

...

Für nach kaufmännischen Grundsätzen nicht ordentlich bzw. nicht zeitgerecht durchgeföhrte Zustellungen werden die angeführten Verrechnungssätze entsprechend dem dem Auftraggeber entstandenen Schaden reduziert. Dasselbe gilt bei Nichtdurchführung von vereinbarten Zustellungen für den daraus resultierenden Manipulationsaufwand.

Das Honorar/Entgelt ist vom/von Auftragnehmer/in zu versteuern, allfällige Abgaben - welcher Art auch immer - sind vom/von Auftragnehmer/in zu tragen. Die Erreichung der Grenze für den Anfall der Umsatzsteuer ist vom/von Auftragnehmer/in dem Auftraggeber bekannt zu geben.

Es wird vereinbart, dass die Verrechnung kalendermonatlich im Nachhinein durch eine Rechnung seitens des/der Auftragnehmer/in erfolgt. Zustimmung gemäß § 7 u. 8 UStG wird hiermit erteilt. Die Anweisung des Honorars/Entgelt erfolgt spätestens 14 Tage nach Rechnungslegung.

#### 9. Vertretungsbefugnis

Der/die Auftragnehmer/in ist berechtigt, sich ohne Zustimmung geeigneter Vertreter oder Hilfskräfte zu bedienen. Der/die Auftragnehmer/in hat jedoch dem Auftraggeber die Tatsache der Vertretung und die Person mitzuteilen. Der/die Auftragnehmer/in hat dafür Sorge zu tragen, dass seine Vertretung ebenfalls die geforderten Qualitätsnormen einhält.

#### 10. Sonstiges

Der/die Auftragnehmer/in steht in keinem Dienstverhältnis zum Auftraggeber und ist nicht in dessen Unternehmerorganisation einbzw. untergeordnet."

Die belangte Behörde führte weiter aus, dass der Ausländer am 7. September 2008 einen "Anhang zum Werkvertrag" unterzeichnet habe, der folgende wesentliche Bedingungen enthalten habe:

"Den sachlichen Weisungen der mit der Geschäftsführung beauftragten Personen ist unbedingt Folge zu leisten. Bei Zuwiderhandeln behält sich der Auftraggeber die Beendigung des Vertragsverhältnisses vor.

Für die ordnungsgemäße Abwicklung der Zustellvorgänge sind Dienste als Koordinator festgelegt. Von diesen Personen erhaltenen sachlichen Weisungen ist jedenfalls unbedingt Folge zu leisten.

Die Anzahl der erfolgten Zustellungen bzw. die garantierten Zustellungen sind in der bereitgestellten Auftragsliste tagesaktuell einzutragen. Ebenso ist ein den gesetzlichen Erfordernissen entsprechendes Fahrtenbuch zu führen. Ohne diese Angaben erfolgt keine Leistungsabrechnung.

Die Auszahlung des Entgelts erfolgt monatlich im Nachhinein bis spätestens 14 Tage nach Rechnungslegung auf ein bei Aufnahme der Tätigkeit bekannt zu gebendes Konto.

Mit den festgelegten Verrechnungsbeträgen sind alle finanziellen Ansprüche abgegolten.

Die festgelegten Verrechnungssätze können nach Vorankündigung jederzeit abgeändert werden.

Einteilungen für die Zustellung werden im Regelfall für 1 Kalendermonat (im Bedarfsfall für einen kürzeren Zeitraum) im vorhinein erstellt. Sämtliche Dienste sind pünktlich anzutreten. Bei Nichtantritt des eingeteilten Dienstes oder Dienstes aus der Bereitschaftseinteilung bzw. Fernbleiben von der Zustellerbesprechung ist die Geschäftsführung unverzüglich zu informieren. Die Zustellerbesprechung ist kein bezahlter Dienst, die Regeln über die Wahrnehmung dieses Termins gelten aber auch in diesem Fall. Nur bei nachgewiesener Krankheit bzw. Entsendung einer Vertretung erfolgen keine Sanktionen.

Die zur Verfügung gestellten Behelfe wie Dachleuchten, Wärmetaschen, Bekleidungsstücke usw. sind zwingend zu verwenden.

...

Die Zusammenstellung der Zustellungen ist unter Berücksichtigung der geographischen Gegebenheiten so zu optimieren, dass im Garantiegebiet 30 Minuten, außerhalb des Garantiegebietes 40 Minuten Zustellzeit nicht überschritten werden. Die erstgereihte Zustellung ist zwingend durchzuführen (ausgenommen ausdrückliche anderslautende Anordnungen von Weisungsberechtigten).

Die im Garantiegebiet gewährte 30 Minuten-Garantie ist zwingend zu beachten.

Die ausgegebene Bekleidung ist sorgsam zu behandeln und regelmäßig zu reinigen bzw. im Anforderungsfall zurückzugeben (gegen Rückerstattung der gegebenenfalls geleisteten Kaution).

Der Dienst ist mit mindestens EUR 100,-- Wechselgeld anzutreten.

Das für die Zustellung verwendete Kraftfahrzeug muss bei Dienstantritt soweit aufgetankt sein, dass eine Strecke von mindestens 200 Kilometer ohne Auftanken zurückgelegt werden kann.

Das für die Zustellung verwendete Handy muss bei Dienstantritt soweit aufgeladen sein, dass für die Gesamtdauer des Zustelldienstes kein Aufladen mehr notwendig ist.

Es herrscht absolutes Alkoholverbot während sämtlicher Tätigkeiten.

Bei Zuwiderhandeln gegen die angeführten Pflichten erfolgt ein Entgeltabzug von EUR 0,15 je Vergehen auf alle Zustellungen des betreffenden Monats.

Ich erkläre, dass ich im Besitz der für das verwendete Zustelfahrzeug erforderliche Lenkerberechtigung bin. Ich verpflichte mich, dessen Entzug bzw. sonstigen Verlust unverzüglich schriftlich dem Auftraggeber mitzuteilen.

Generell hat bei Entsendung eines Vertreters der Auftragnehmer für die Einhaltung sämtlicher Bestimmungen Sorge zu tragen.

Ich erkläre mit meiner Unterschrift, dass ich den Inhalt dieses Anhangs zum Werkvertrag verstanden habe und die darin festgelegten Pflichten nicht verletzen werde, andernfalls der Auftraggeber sich die Beendigung des Vertragsverhältnisses vorbehält.

Sollte dieser Vertrag wider allen bisherigen Regeln als Dienstvertrag qualifiziert werden, so gilt das vereinbarte Entgelt als Bruttoentgelt, mit dem das kollektivvertragliche laufende Entgelt sowie die Sonderzahlungen abgegolten sind; ein darüber hinausgehender Betrag gilt als Kilometergeld."

Zur tatsächlichen Abwicklung der Zustelltätigkeit von SG stellte die belangte Behörde weiter fest:

"Die tatsächliche Tätigkeit des Herrn G als Zusteller für die 'Firma P' wurde im Wesentlichen unter den im 'Anhang zum Werkvertrag' festgelegten Bedingungen abgewickelt:

Herr G bekam zu Beginn seiner Zustelltätigkeit eine schriftliche Anleitung ausgehändigt, in der ausführlich dargelegt war, wie der Zustellvorgang abzulaufen hat, insbesondere mit welchen Worten er dem Kunden gegenüber aufzutreten hat (Form der Begrüßung, Guten Appetit wünschen etc.). Er bekam (gegen einen dafür von ihm zu entrichtenden Betrag) Kleidung der 'Firma P' ausgehändigt und war verpflichtet, diese bei der Zustellung zu tragen. Weiters wurden die Warmhaltetaschen für die zuzustellenden Speisen von der 'Firma P' bereitgestellt. Zudem war er verpflichtet, mit den zugestellten Speisen und Getränken auch eine Speisekarte der 'Firma P' dem Kunden auszuhändigen. Zunächst wurde Herr G von der 'Firma P' über Handy kontaktiert, wenn Zustellfahrten durchzuführen waren. In weiterer Folge wurde er dann in einem Dienstplan erfasst, der zu Monatsende mit allen Zustellern erstellt wurde.

Für die Zustellvorgänge fuhr er in das Lokal in der U-Straße und bekam eine Rechnung, auf der vermerkt war, wie viele Pizzas an welche Adresse zu liefern sind. Diese wurden bereits vom Personal in die Warmhaltetaschen verpackt. Herr G war verpflichtet, jede ihm übergebene Bestellung umgehend auszuliefern.

Honorarnoten wurden von Herrn G nicht gelegt. Vielmehr wurde ihm am Ende des Monats eine Aufstellung seiner im Computer des Unternehmens erfassten Zustellfahrten und den dafür gebührenden Entgelt ausgehändigt. Der jeweilige Betrag wurde ihm auf das von ihm angegebene Konto überwiesen. Die anderen Zusteller gaben Herrn G gegenüber an, dass die von ihm geführten Aufzeichnungen im Fahrtenbuch die 'Firma P' für das Finanzamt benötigt. Die erforderlichen Benzinkosten und Aufwendungen für die KFZ-Versicherung waren von Herrn G zu tragen."

Nach Darlegung ihrer Beweiswürdigung führte die belangte Behörde rechtlich zunächst zur eingewendeten Verjährung aus, dass die Frist hiefür gemäß § 28 Abs. 2 AuslBG ein Jahr betrage. Da die zur Last gelegte unberechtigte Beschäftigung bis 5. März 2009 angedauert habe, beginne mit diesem Tag gemäß § 31 Abs. 2 zweiter Satz VStG die Verjährungsfrist zu laufen. Mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 23. November 2009 sei dem Beschwerdeführer als handelsrechtlichen Geschäftsführer der P & P R-gmbH von der Behörde erster Instanz innerhalb der in § 28 Abs. 2 AuslBG iVm § 31 Abs. 2 VStG angeführten Frist die nunmehr im Straferkenntnis angeführte Tathandlung vorgeworfen worden. Es liege damit weder Verfolgungsverjährung vor noch sei die in § 31 Abs. 3 erster Satz VStG angeführte Strafbarkeitsverjährung eingetreten.

Inhaltlich beurteilte die belangte Behörde nach Wiedergabe der maßgeblichen Gesetzesbestimmung und Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes den festgestellten Sachverhalt dahingehend, dass die vereinbarten gattungsmäßig umschriebenen Tätigkeiten von Pizzazustellern nicht als Zielschuldverhältnisse und damit nicht als Werkvertragsverhältnisse zu werten seien. Den Verfahrensergebnissen zufolge habe sich der georgische Staatsangehörige zwar hinsichtlich der von ihm durchzuführenden Zustellfahrten vertreten lassen können; weitere gewichtige, für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit sprechende Kriterien seien im Verfahren jedoch nicht hervorgetreten. Vielmehr gehe aus den Sachverhaltsfeststellungen unzweifelhaft hervor, dass der Ausländer in den Zustellbetrieb des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens organisatorisch weitgehend integriert gewesen sei und seine Tätigkeit in einem Unterordnungsverhältnis habe durchführen müssen. Für die Ausübung der Tätigkeit seien auch keine besonderen Betriebsmittel erforderlich gewesen. Auch die Warmhaltetaschen seien nicht vom Ausländer angeschafft, sondern vom Unternehmen des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt worden. Zudem sei der Ausländer verpflichtet gewesen, bei seiner Tätigkeit als Zusteller die vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellte Arbeitskleidung zu tragen. Es liege auch keine freie Arbeitseinteilung vor, wenn die Zusteller unter Leitung von betriebseigenen "Koordinatoren" monatlich ihre Einsatzzeiten absprechen würden. Selbst das Auftreten des Ausländers gegenüber dem Kunden sei vom Unternehmen konkret vorgegeben worden. Es bleibe daher schon begrifflich wenig Raum für eine eigenständige, unternehmerischem Risiko unterworfen Tätigkeit des Ausländers, weil ihm die Pizza in Warmhaltetaschen übergeben worden sei und er für die Zustellung innerhalb des dem Kunden zugesagten Zeitraumes zu sorgen gehabt habe. Auf Grund dieser engen zeitlichen Vorgabe sei er daher gar nicht in der Lage gewesen, selbst über den Ablauf der Zustelltätigkeit zu disponieren. Der Ausländer habe auch keine monatliche

Honorarnote gelegt und seien im "Anhang zum Werkvertrag" eine Reihe von Pflichten des Zustellers vereinbart worden, die offensichtlich machten, dass dieser in seiner Entschlussfähigkeit hinsichtlich seiner Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt gewesen sei.

Zusammenfassend handle es sich bei den gegenständlichen Zustellfahrten um einfache, im unmittelbaren Arbeitsablauf zu besorgende Tätigkeiten, die üblicherweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet würden. Sowohl hinsichtlich der Arbeitsaufnahme, der Abwicklung und der Auszahlung des Entgelts sei erkennbar, dass vom Ausländer Arbeitsleistungen erbracht worden seien, die typischerweise in einem Dienstverhältnis durchgeführt würden. Dem Ausländer seien die wiederholte Erbringung von gattungsmäßig umschriebenen Leistungen aufgetragen worden. Die Zusteltätigkeit sei weitgehend vom Unternehmen des Beschwerdeführers organisiert und die Erfüllung sei in den Betrieb des Beschwerdeführers eingegliedert gewesen. Aus dem Gesamtbild der Tätigkeit ergebe sich daher, dass der georgische Staatsangehörige unter ähnlichen wirtschaftlichen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer eingesetzt gewesen sei, weshalb vom Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses und damit von einer Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG auszugehen sei.

Zum Verschulden führte die belangte Behörde aus, dass auch das vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Schreiben der Gebietskrankenkasse, das sich auf die Sozialversicherungspflicht der Zusteller bezogen habe, ihn nicht von seiner Pflicht eine entsprechende arbeitsmarktbehördliche Bewilligung einzuholen habe befreien können. Zudem seien im "Anhang zum Werkvertrag" Vereinbarungen getroffen worden, die hinsichtlich der rechtlichen Einschätzung der vorliegenden Tätigkeit im Ergebnis zu einer anderen Bewertung hätten führen können, als eine Beurteilung nur allgemein der im Werkvertrag umschriebenen Aufgaben.

Abschließend begründete die belangte Behörde die Strafzumessung näher.

Gegen diesen Bescheid er hob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 28. November 2011, B 1145/11-3, ablehnte und sie über nachträglichen Antrag des Beschwerdeführers an den Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat.

Über die im Verfahren auftragsgemäß verbesserte Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof erwogen:

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, dass dem Verwaltungsstrafverfahren ein Strafantrag des Finanzamtes Linz vom 4. August 2009 zu Grunde liege, der jedoch dem Beschwerdeführer zur Last lege, als Vertretungsbefugter der PM Restaurationsgesellschaft mbH dadurch eine Verwaltungsübertretung begangen zu haben, dass Herr SG von diesem Unternehmen auf Grund eines Werbevertrags vom 6. September 2008 zum Verteilen von Werbemitteln beschäftigt worden wäre. Für die nun vorgeworfene Tätigkeit liege kein Strafantrag der Abgabenbehörde vor, sodass er deshalb nicht hätte bestraft werden dürfen.

Diese Ausführungen sind nicht berechtigt:

Gemäß § 25 Abs. 1 VStG sind Verwaltungsübertretungen - mit Ausnahme von Privatanklagedenken nach § 56 VStG (Ehrenkränkungen) - von Amts wegen zu verfolgen. Zu den amtsweitig zu verfolgenden Verwaltungsübertretungen gehören auch jene nach § 28 Abs. 1 AuslBG. Dabei ist die Behörde von Amts wegen zur Strafverfolgung verpflichtet, wenn sie von einer Verwaltungsübertretung Kenntnis erlangt. Wie die Behörde von Verletzungen des AuslBG Kenntnis erhält, normiert § 28a AuslBG. Nach § 28a Abs. 2 AuslBG hat nämlich die Abgabenbehörde, wenn sie eine Übertretung feststellt, die (u.a.) nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG zu bestrafen ist, Strafanzeige an die zuständige Verwaltungsstrafbehörde zu erstatten. § 28a Abs. 2 AuslBG dient der Sicherung der Kontroll- und Sanktionsmaßnahmen gegen Verletzungen der Vorschriften des AuslBG. Die Verwaltungsstrafbehörden sind jedoch an den Antrag der Abgabenbehörde nicht gebunden und ist das Verwaltungsstrafverfahren kein Anklageprozess (vgl. zum Ganzen die Erkenntnisse vom 26. Jänner 2012, Zl. 2009/09/0283, vom 15. Dezember 2011, Zl. 2009/09/0237, sowie vom 25. Februar 2005, Zl. 2003/09/0158).

Wenn der Beschwerdeführer ferner meint, dass deshalb Verjährung eingetreten sei, weil § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG "mehrere nebeneinander bestehende Varianten einer Verwaltungsübertretung" enthalte und ein ordnungsgemäß individualisierter und konkretisierter Tatvorwurf gegen ihn innerhalb der Verjährungsfrist nicht erhoben worden sei, ist ihm zu entgegnen, dass das Tatbild in einer Beschäftigung eines Ausländer ohne entsprechende arbeitsmarktrechtliche Zulassung oder Bestätigung besteht. Es ist jedoch nicht Tatbestandselement, welche dieser Zulassungen oder Bestätigungen im konkreten Fall nicht vorhanden gewesen ist (vgl. etwa das Erkenntnis vom

6. November 2012, Zl. 2012/09/0066, mwN). Im Übrigen behauptet der Beschwerdeführer gar nicht, dass dem beschäftigten Ausländer eine Zulassung oder Bestätigung erteilt gewesen wäre; er bestreitet auch nicht die Tätigkeit des Ausländer auf die festgestellte Weise.

Zutreffend ist die belangte Behörde - ausgehend von der unstrittig erfolgten Aufforderung zur Rechtfertigung vom 23. November 2009, womit der gegenständliche Sachverhalt dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht wurde - daher zum Ergebnis gelangt, dass die Verjährungsfrist nach § 28 Abs. 2 AuslBG im vorliegenden Fall noch nicht abgelaufen war.

Im Übrigen bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, dass zwischen dem Ausländer und dem Unternehmen ein Werkvertrag vom 10. September 2008 abgeschlossen worden sei, anhand dessen von einer selbständigen Tätigkeit des Ausländers auszugehen gewesen wäre.

Der Beschwerdeführer stützt sich dabei nahezu ausschließlich auf den Inhalt des Werkvertrages. Er verkennt dabei jedoch, dass es auf diesen nicht ankommt, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit. Diesbezüglich hat die belangte Behörde jedoch einen auf den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung basierenden - oben wiedergegebenen - Sachverhalt festgestellt, der in wesentlichen Bereichen nicht dem Inhalt des "Werkvertrages" entspricht. Aus diesem Grund ist auch nicht erheblich, ob der "Anhang zum Werkvertrag" unterschrieben wurde, weil auf die Umstände der tatsächlichen Leistungserbringung abzustellen ist.

Soweit sich der Beschwerdeführer im weiteren Sachverhaltsvorbringen in der Beschwerde von dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt entfernt oder die Sachverhaltsfeststellungen der Berufungsbehörde als unrichtig rügt, stellt er bloß eigene Behauptungen den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, weil die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre (vgl. etwa das Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG u.a. 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 unterworfenes) Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG ist u. a. 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.

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhalts 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 Merkmals muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Die Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandselemente 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 Merkmals durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann. 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 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 essentiell 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 Werkvertrags. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. zu all dem das Erkenntnis vom 14. Jänner 2010, Zl. 2008/09/0339, mwN; siehe etwa auch das - ebenfalls eine Tätigkeit als Pizzazusteller betreffende - Erkenntnis vom 9. Dezember 2010, Zl. 2007/09/0356).

Auch im vorliegenden Fall bestehen keine Bedenken gegen das aus den getroffenen Feststellungen zur Tätigkeit des genannten Ausländer erzielte rechtliche Ergebnis der belangten Behörde, welches im Einklang mit der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes steht, wonach einfache Hilfsarbeiten die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa zu Zeitungszustellern das Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zlen. 2002/09/0187 bis 0189, mwN). Hier musste der Beschwerdeführer mit Ausnahme einer Lenkerberechtigung für einen Pkw keine weiteren besonderen Qualifikationen aufweisen. Der Ausländer war insbesondere durch einen monatlichen Dienstplan, Vorgaben bei der Zustellung, das Zurverfügungstellen von Oberbekleidung und Thermotaschen in die Organisation des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens eingebunden und es verblieb ihm im Hinblick auf die zeitlichen Vorgaben bei den Zustellungen kein ins Gewicht fallender Gestaltungsspielraum (vgl. das Erkenntnis vom 26. Jänner 2010, Zl. 2009/08/0269). Zudem legte der ausländische Zusteller nicht selbst Honorarnoten, sondern er erhielt monatlich die von ihm durchgeführten Zustellungen vom Unternehmen des Beschwerdeführers bekanntgegeben und es wurde ihm das Entgelt monatsweise ausbezahlt. Die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde ist daher nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Soweit der Beschwerdeführer zum Beweis seines mangelnden Verschuldens die Schreiben der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse und des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger ins Treffen führt, genügt es - mit der belangten Behörde - auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen: Nur im Fall einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der für den Vollzug des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zuständigen Behörde (der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice), im Vertrauen auf diese Auskunft erfolgten Gesetzesverstöße könnten nicht als Verschulden angerechnet werden; hingegen ist es auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländer grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf. Unterlässt der Beschwerdeführer - wie hier - die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen ist (vgl. etwa das Erkenntnis vom 25. Juni 2013, Zlen. 2013/09/0022, 0023).

Da somit bereits der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Wien, am 3. Oktober 2013

## **Schlagworte**

"Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatbild Beschreibung (siehe auch Umfang der Konkretisierung)

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

ECLI:AT:VWGH:2013:2012090016.X00

## **Im RIS seit**

25.10.2013

## **Zuletzt aktualisiert am**

14.11.2013

**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)