

# TE Vwgh Erkenntnis 2000/7/3 99/09/0020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.07.2000

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §2 Abs2 idF 1995/895;

AuslBG §2 Abs3;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1995/895;

AuslBG §3 Abs1 idF 1995/895;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. S. Giendl, über die Beschwerde der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales (nunmehr: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 4. Dezember 1998, Zl. UVS-07/A/25/00214/97, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach dem AuslBG (mitbeteiligte Partei:

Vladimir Oulianov in Wien, vertreten durch Dr. Gerhard Hickl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Getreidemarkt 18), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von

S 12.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der Kostenersatzantrag der belangten Behörde wird abgewiesen.

## Begründung

Am 14. Februar 1996 erstattete das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten Anzeige gegen den Mitbeteiligten, weil dieser als Geschäftsführer der Firma RTI Rosstradehandels-gesellschaft mbH mit Sitz in Wien, Walfischgasse 6/1/3, eine im näheren bezeichnete russische Staatsangehörige seit wenigstens August 1995 bis zum Kontrolltag, das war der 8. Februar 1996, als Sekretärin beschäftigt habe, ohne dass für diese Ausländerin eine Beschäftigungsbewilligung, eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt worden wäre. Die genannte ausländische Staatsangehörige, die ausgezeichnet deutsch gesprochen habe, habe die Erhebungsbeamten empfangen, das Personenblatt ausgefüllt und darin angegeben, bei der genannten Firma seit August 1995 als Sekretärin zu einem Monatslohn von ca. S 14.000,--

beschäftigt zu sein. Sie sei von den Erhebungsbeamten an ihrem Arbeitsplatz im ersten Raum gegenüber der Eingangstüre (linker Schreibtisch) beobachtet worden. Der Sohn der mitbeteiligten Partei Petr Oulianov habe angegeben, die ausländische Staatsangehörige sei seine Freundin, die diverse Tätigkeiten übernommen habe.

Mit diesem Vorwurf vertraut gemacht, brachte der Mitbeteiligte am 17. Mai 1996 eine Stellungnahme ein, in der er zunächst bestritt, die genannte Ausländerin als Sekretärin zu einem Monatslohn von S 14.000,-- beschäftigt und damit einen Verstoss gegen das AuslBG begangen zu haben. Die genannte ausländische Staatsangehörige sei gelernte Dolmetscherin und Übersetzerin und überdies seine zukünftige Schwiegertochter. Der Mitbeteiligte (als Geschäftsführer) habe sie gebeten, diverse Übersetzungen sowohl schriftlicher Natur als auch bei Besprechungen auf Honorarbasis ohne Eingehen eines Angestelltenverhältnisses zu machen. Vor Beginn der Tätigkeit der Genannten habe er auch bei seiner Steuerberatungskanzlei TARO Wirtschaftstreuhand GesmbH Auskünfte eingeholt und dort die Bestätigung erlangt, dass eine derartige Vorgangsweise legal und im Einklang mit den bestehenden arbeitsrechtlichen Vorschriften sei. Die Ausländerin habe zwecks Versteuerung der auf Werksvertragsbasis erzielten Einkünfte um eine Steuernummer angesucht und eine solche auch erhalten. Nach Absolvierung der Hochschule für Fremdsprachen habe sie zusätzliche Kurse bei der Internationalen Business Schule absolviert und als Berufszeugnis die Bezeichnung "Sekretärin-Referent" erhalten, mit Schwerpunkt für Übersetzungen und Dolmetsch. Sie habe diesen Umstand den einschreitenden Beamten auch erklärt; ihr sei jedoch (von den Erhebungsbeamten) angeraten worden, (im Personenblatt) einfach "Sekretärin" anzugeben.

Mit Straferkenntnis des Magistratischen Bezirksamtes für den

1. und 8. Bezirk vom 21. März 1997 wurde der Mitbeteiligte schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener im Sinn des § 9 Abs. 1 VStG der RTI Rosstradehandelsgesellschaft mbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in Wien I, Walfischgasse 6/1/3, in ihrem dort befindlichen Handelsbetrieb in der Zeit vom 1. August 1995 bis 8. Februar 1996 die näher bezeichnete ausländische Dienstnehmerin als Sekretärin mit einem Monatslohn von S 14.000,-- beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländerin weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Er wurde gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG zu einer Geldstrafe in der Höhe von S 20.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen) plus Kostenersatz verurteilt. Die Begründung der Behörde erster Instanz erschöpft sich nach Darstellung der Rechtslage in der Feststellung, die dem Mitbeteiligten zur Last gelegte Beschäftigung der Ausländerin, für die keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorgelegen sei, sei anlässlich einer Kontrolle vom Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten - Belange der Ausländerbeschäftigung in Wien, festgestellt und angezeigt worden. Die Ausländerin habe selbst angegeben, seit August 1995 als Sekretärin gegen eine Bezahlung von S 14.000,-- beschäftigt zu sein. Der Beschuldigte habe sich dahingehend gerechtfertigt, die Ausländerin sei nicht in einem Angestelltenverhältnis, sondern auf Honorarbasis tätig gewesen. Für die Beurteilung einer Beschäftigung seien weder die sozialversicherungsrechtlichen noch die steuerrechtlichen Bestimmungen maßgeblich. Ob eine Beschäftigung vorliege, orientiere sich ausschließlich an den Begriffsbestimmungen des § 2 Abs. 2 AuslBG. Maßgebend für die Einordnung in diesen Beschäftigungsbegriff sei, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt werde. Nach der Wiedergabe einiger Rechtssätze aus der verwaltungsgerichtlichen Judikatur kam die Behörde erster Instanz zu dem Schluss "demnach" liege eine Beschäftigung auch bei einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis vor. Dies könne auch in einem Werksvertragsverhältnis oder in einem freien Dienstvertrag bestehen. Die Ausländerin habe wiederkehrende Leistungen erbracht, wobei primär die zeitliche Zurverfügungstellung der Arbeitskraft im Vordergrund gestanden sei. Ein konkretes individualisiertes Werk sei nicht in Ansätzen erkennbar gewesen. Die dem Mitbeteiligten zur Last gelegte Übertretung sei somit erwiesen.

In seiner gegen diesen Bescheid gerichteten Berufung machte der Beschwerdeführer eine Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Strafverfahrens insoweit geltend, als die Aufnahme der von ihm in seiner Stellungnahme angebotenen Beweise (Einvernahme der Fremden und Einholung von Auskünften des Finanzamtes sowie Einvernahme der involvierten Steuerberaterin) ohne Angaben von Gründen unterlassen worden sei, was einer vorgreifenden Beweiswürdigung gleichkomme. Für die Beurteilung der Tätigkeit der Ausländerin als in einem arbeitnehmerähnlichen (und damit den Bestimmungen des AuslBG unterliegenden) Verhältnis erbracht, fänden sich keine Beweisergebnisse. Sein Recht auf rechtliches Gehör sowie auf ein faires Verfahren sei verletzt worden. Im Übrigen hätte sich auch durch eine ergänzende Befragung der Steuerberaterin ergeben, dass - im Falle der Strafbarkeit

seines Verhaltens - er sich auf den fachlichen Rat seiner Steuerberatungskanzlei verlassen habe, und dieser Umstand zumindest bei der Strafzumessung maßgeblich hätte sein können. In der Sache selbst bestritt er nach wie vor die Beschäftigung der Ausländerin als "Sekretärin", tatsächlich sei diese lediglich mit Dolmetschertätigkeiten beauftragt worden, die auf Honorarbasis entlohnt worden seien.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 4. Dezember 1998 behob die belangte Behörde nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung (am 28. September 1998 und 30. November 1998) gemäß § 66 Abs. 4 AVG das angefochtene Straferkenntnis und stellte das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein. Nach Darstellung des Verfahrensganges und der wesentlichen Rechtslage führte die belangte Behörde auf Grund der Ergebnisse der Berufungsverhandlung aus, mit der für eine strafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit habe lediglich folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen werden können:

Die Ausländerin sei in den Büroräumlichkeiten der RTI Rosstradehandelsgesellschaft mbH angetroffen worden, wobei sie den Kontrollorganen des Arbeitsinspektorates die Türe geöffnet und Kaffee gekocht habe. Sie habe (über Befragung der Kontrollorgane) angegeben, sie sei für die Gesellschaft im Zeitraum von August 1995 bis zum Tag der Kontrolle (8. Februar 1996) tätig gewesen. Sie sei die Freundin des Sohnes des Mitbeteiligten. Tatsächlich habe die Ausländerin diesen im August 1996 geheiratet. Es habe daher auch gelegentlich geschehen können, dass sie den Sohn des Mitbeteiligten im Büro auch nur besucht und Kaffee mit ihm getrunken habe. Sie sei für den Zeitraum 9. August 1994 bis 30. Juni 1996 selbstversichert gewesen.

Nach ausführlicher Darlegung der beweiswärtigen Erwägungen kam die belangte Behörde nach Darstellung der wesentlichen Rechtslage zu dem Schluss, es habe nicht erwiesen werden können, dass das der Tätigkeit der Ausländerin zugrunde liegende Rechtsverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei; weder in der Anzeige noch im Personenblatt fänden sich diesbezüglich eindeutige Aussagen. Der Mitbeteiligte hingegen habe angegeben, dass die Ausländerin jeweils nur erschienen sei, wenn er sie darum ersucht habe, weil entsprechend Arbeit angefallen sei. Zwar habe sich die Ausländerin selbst als "Sekretärin" bezeichnet, es sei jedoch weder in der Anzeige noch im Personenblatt vermerkt worden, worin die Tätigkeit konkret bestanden hätte. Hinsichtlich einer genauen Arbeitszeit habe lediglich erhoben werden können, dass die Ausländerin manchmal nur eine Stunde am Tag gearbeitet habe. Auch aus diesem Umstand könne daher für die Beurteilung, ob die Tätigkeit der Ausländerin in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübt worden sei, keine sichere Grundlage gewonnen werden. Auch habe nicht erwiesen werden können, dass sie nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihre Arbeitskraft (auch) anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Es fänden sich weder in der Anzeige noch im Personenblatt Anhaltspunkte dafür, dass die Ausländerin ausschließlich für die genannte Gesellschaft tätig geworden sei. Auch dafür, dass das Entgelt auf Basis eines Stundenlohnes berechnet worden wäre, hätten sich keine Anhaltspunkte ergeben; vielmehr habe der Mitbeteiligte angegeben, dass Entgelt sei davon abhängig gewesen, wie viele Übersetzungen zu erstellen gewesen seien. Hinsichtlich der Beistellung von Betriebsmitteln habe lediglich festgestellt werden können, dass die Ausländerin einen Schreibtisch überlassen erhalten habe. Auch eine Kontrolle (insbesondere der Arbeitszeit) habe nicht erwiesen werden können. Hinsichtlich Urlaubsanspruch und Vertretungsbefugnis sei nichts vereinbart gewesen. Tatsächlich sei jedoch im Krankheitsfall zugewartet worden, bis die Ausländerin wieder in der Lage gewesen sei, Aufträge zu übernehmen. Aus dem Gesamtbild ergebe sich daher ein Überwiegen von solchen Kriterien, die für das Vorliegen von wirtschaftlicher Abhängigkeit und damit Dienstnehmerähnlichkeit sprächen, nicht mit der für eine Bestrafung erforderlichen Sicherheit.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, lediglich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes geltend machende Amtsbeschwerde.

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

Auch der Mitbeteiligte erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 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.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 20.000,-- bis zu S 120.000,--.

Der Mitbeteiligte bestreitet im Verwaltungsverfahren das Vorliegen einer von ihm zu verantwortenden "Beschäftigung" im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes.

Aus § 2 Abs. 2 und 3 AuslBG folgt, dass der Begriff "Beschäftigung" im AuslBG nicht nur Arbeitsverhältnisse umfasst. Bei der Erfassung der Ausländer kommt es nach dem Inhalt der Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (1451 der Beilagen, XIII. GP) vornehmlich nicht darauf an, in welchem Rechtsverhältnis die Vertragspartner zueinander stehen, sondern auf die Verwendung unter bestimmten Umständen. Diese Verwendung kann in einem Arbeitnehmerverhältnis - wozu auch Lehrverhältnisse zählen -, in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, in einem Ausbildungsverhältnis, aber auch unter Umständen erfolgen, unter denen gar kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Ausländer und der Person besteht, die den Ausländer verwendet. Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor Aufnahme einer Beschäftigung durch einen Ausländer trifft daher nach § 3 Abs. 1 AuslBG auch den Partner bloß arbeitnehmerähnlicher Verhältnisse. Das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber kann sich aus diesem Grunde auch in verschiedenen Erscheinungsformen darstellen, wie etwa als Werkvertragsverhältnis, aber auch als sogenannter "freier Dienstvertrag". Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses kann jede Art von Arbeitsleistung sein; die Rechtsnatur der Vertragsbeziehungen zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger oder deren Bezeichnung durch die Vertragspartner ist nicht entscheidend (Hinweis E 12.02.1986, 84/11/0234, VwSlg 12015 A/1986). Liegt die Grundlage für den Vertrag weder in gewerberechtlichen noch sonstigen Normen, so kommt es darauf an, ob der "Werkvertragsnehmer" in der Frage seiner persönlichen, insbesondere aber seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleichkommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322). In dem zuletzt zitierten Erkenntnis wurde bereits darauf hingewiesen, dass bei der Beurteilung, ob ein dem AuslBG unterliegendes Arbeitsverhältnis vorliegt, in methodischer Hinsicht zu beachten ist, dass nicht alle Kriterien, die an sich zur Bestimmung der Arbeitnehmerähnlichkeit wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit in konkreten Einzelfällen möglicherweise relevant sein könnten, als solche aber gar nicht erschöpfend fassbar sind, verwirklicht sein müssen; arbeitnehmerähnlich kann daher grundsätzlich eine Person auch dann sein, wenn hinsichtlich ihrer Tätigkeit das eine oder andere an sich relevante Merkmal fehlt, das eine oder andere an sich relevante Merkmal nur geringfügig ausgeprägt ist, während andere wieder in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kommen. Nicht einzelne Umstände, die für und gegen ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, sind isoliert voneinander zu sehen, sie müssen vielmehr in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden, wobei die typischen Merkmale wirtschaftlicher Abhängigkeit von der belangten Behörde im Sinne

der Judikatur dieses Gerichtshofes zutreffend dargestellt wurden. Zutreffenderweise hat die belangte Behörde daher auch diese Merkmale und Abgrenzungskriterien für die Annahme wirtschaftlicher (Un)Abhängigkeit im Einzelnen untersucht.

In der Beurteilung des sich aus den von der belangten Behörde als erwiesenen angenommenen Tatsachen ergebenden Gesamtbildes der von der Ausländerin im Beschwerdefall erbrachten Leistungen findet der Verwaltungsgerichtshof aber keine inhaltliche Rechtswidrigkeit. Im Beschwerdefall wurden fallweise auf Abruf Übersetzungs- und Dolmetscherleistungen erbracht. Im Zusammenhalt mit dem festgestellten persönlichen Naheverhältnis zum Sohn des Geschäftsführers war es nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde diese Tätigkeiten fallbezogen ohne Hinzutreten weiterer eindeutiger Indizien nicht als in einem Arbeits- oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnis für diese Gesellschaft erbracht angesehen hat.

Insoweit sich die Beschwerdeausführungen aber gegen die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung wenden, ist festzuhalten, dass die Beweiswürdigung ein Denkprozess ist, der nur insofern einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorganges handelt bzw. darum, ob der Sachverhalt, der in diesem Denkvorgang gewürdigt wurde, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden ist. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt daher der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes, nicht aber deren konkrete Richtigkeit (vgl. dazu die in Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>3</sup>, S. 549 ff abgedruckte hg. Judikatur).

Die Beschwerdeausführungen lassen Zweifel an der Schlüssigkeit der von der belangten Behörde dargelegten Erwägungen zur Beweiswürdigung aber nicht aufkommen. Dass die beschwerdeführende Bundesministerin diese Beweiswürdigung für unrichtig hält, zeigt jedenfalls noch keine relevanten, vom Verwaltungsgerichtshof wahrzunehmenden Mängel der Beweiswürdigung auf (vgl. in dieser Hinsicht etwa das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 1997, Zl. 95/09/0332, mit weiteren Judikaturnachweisen).

Dem angefochtenen Bescheid haftet somit die in der Beschwerde behauptete Rechtswidrigkeit nicht an. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung<sup>3</sup> BGL Nr. 416/1994. Der Kostenersatzantrag der belangten Behörde war abzuweisen, weil im Falle der Erhebung einer Amtsbeschwerde ein Kostenersatz zwischen Beschwerdeführer und belangter Behörde nicht vorgesehen ist.

Wien, am 3. Juli 2000

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2000:1999090020.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**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)