

# TE Vwgh Beschluss 2018/4/23 Ra 2017/11/0221

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.04.2018

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);

40/01 Verwaltungsverfahren;

60/01 Arbeitsvertragsrecht;

## Norm

AVRAG 1993 §7b Abs3;

AVRAG 1993 §7b Abs8 Z1;

AVRAG 1993 §7d Abs1;

AVRAG 1993 §7i Abs10;

AVRAG 1993 §7i Abs4 Z1;

AVRAG 1993 §7j;

B-VG Art133 Abs4;

VStG §9 Abs2;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):Ra 2017/11/0222

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und die Hofräte Dr. Schick und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Soyer, über die Revisionen des M S in D, vertreten durch Pallas Hofmann Rechtsanwälte Partnerschaft in 1090 Wien, Frankgasse 1, gegen die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 24. Mai 2017, 1.) Zl. LVwG-S-2496/001-2016 (protokolliert zur hg. Zl. Ra 2017/11/0221) und 2.) LVwG-S- 2497/001-2016 (protokolliert zur hg. Zl. Ra 2017/11/0222), betreffend Übertretungen des AVRAG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Krems), den Beschluss gefasst:

## Spruch

Die Revisionen werden zurückgewiesen.

## Begründung

1 1.1.1. Mit dem erstangefochtenen, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen Erkenntnis erkannte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich den Revisionswerber - insofern in Bestätigung des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 5. September 2016 (lediglich die im Spruch genannten Tatzeiträume wurden berichtigt) - schuldig, er habe es als gemäß § 9 VStG nach außen vertretungsbefugtes Organ einer näher

genannten Gesellschaft mit Sitz in der Tschechischen Republik (in Folge: Auftragnehmerin) hinsichtlich vier näher genannter Arbeitnehmer unterlassen, spätestens eine Woche vor deren Arbeitsaufnahme diese der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG zu melden. Dadurch habe der Revisionswerber jeweils § 7b Abs. 8 Z 1 iVm. Abs. 3 AVRAG verletzt. Über ihn wurden deshalb für jede der Übertretungen Geldstrafen (sowie Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt und überdies ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben.

2 Unter einem wurde gemäß § 25a VwGG ausgesprochen, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

3 1.1.2. . Mit dem zweitangefochtenen, ebenfalls nach

Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen Erkenntnis erkannte das Verwaltungsgericht den Revisionswerber - insofern in Bestätigung des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 5. September 2016 (lediglich die im Spruch genannten Tatzeiträume wurden berichtigt) - schuldig, er habe es als gemäß § 9 VStG nach außen vertretungsbefugtes Organ der Auftragnehmerin hinsichtlich der bereits erwähnten, näher genannten vier Arbeitnehmer zu verantworten, dass für diese Arbeitnehmer die Lohnunterlagen am Arbeits- bzw. Einsatzort entgegen § 7d Abs. 1 AVRAG nicht bereitgehalten worden seien. Dadurch habe der Revisionswerber § 7i Abs. 4 Z 1 iVm. § 7d Abs. 1 AVRAG verletzt. Über ihn wurden deshalb für jede der Übertretungen Geldstrafen (sowie Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt und überdies ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben.

4 Unter einem wurde gemäß § 25a VwGG ausgesprochen, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

5 1.2. Begründend führte das Verwaltungsgericht, auf das Wesentliche zusammengefasst, aus, bei einer am 26. November 2015 durchgeführten Kontrolle auf einer näher genannten Baustelle in Niederösterreich seien vier näher genannte Personen bei Schremm- und Stemmarbeiten angetroffen worden, welche jeweils über tschechische Gewerbescheine (für Maurer- bzw. Elektrikerarbeiten) verfügten (was u.a. aus Versicherungsbescheinigungen hervorgegangen sei), hinsichtlich welcher keine Meldung iSd. § 7b Abs. 3 AVRAG erstattet (die Unterlassung der "ZKO-Meldung" sei unbestritten) bzw. keine Lohnunterlagen gemäß § 7d Abs. 1 AVRAG bereitgehalten worden seien.

6 Im Ergebnis sei aufgrund einer Gesamtbeurteilung, bei der die gegen und die für die Arbeitnehmereigenschaft dieser vier genannten Personen sprechenden Umstände gegenüberzustellen seien, davon auszugehen, dass die vier Personen - bei den durchgeführten Arbeiten habe es sich lediglich um Hilfsarbeiten gehandelt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis erbracht würden - als (unselbständige) Arbeitnehmer der Auftragnehmerin eingesetzt worden seien, wodurch die genannten Bestimmungen des AVRAG verletzt worden seien. Die selbständige Gewerbeausübung in Österreich wäre zwar unter Einhaltung der näher dargelegten formalen Voraussetzungen durchaus möglich gewesen. Gegenständlich seien jedoch die betroffenen Personen, die überwiegend schon aufgrund mangelnder Sprachkenntnis gar nicht in der Lage gewesen wären, in Österreich selbständige Arbeiten anzunehmen und auszuführen, nie als Vertragspartner für ein jeweils selbständiges Werk angesehen worden. Keiner habe ein eigenes, für sich abgrenzbares Werk geschaffen. Sie hätten vielmehr unter Anweisung der Auftragnehmerin die Vorgaben des Bauherren umzusetzen gehabt. Mit derartigen Verträgen werde die Anmeldung als Dienstnehmer umgangen und seien die dem Revisionswerber zur Last gelegten Tatbestände im Ergebnis in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Der Revisionswerber sei als einer der unternehmensrechtlichen Geschäftsführer der Auftragnehmerin nach außen vertretungsbefugt und daher gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

7 1.3. Gegen diese Erkenntnisse richten sich die vorliegenden (außerordentlichen) Revisionen, die der Verwaltungsgerichtshof wegen ihres sachlichen, persönlichen und rechtlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung verbunden hat.

8 2.1. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

9 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

10 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. Diesem Erfordernis wird insbesondere nicht schon durch nähere Ausführungen zur behaupteten Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung (§ 28 Abs. 1 Z 5 VwGG) oder zu den Rechten, in denen sich der Revisionswerber verletzt erachtet (§ 28 Abs. 1 Z 4 VwGG), Genüge getan (vgl. VwGH 25.3.2014, Ra 2014/04/0001, und vom 28.2.2015, Ra 2015/08/0008).

11 2.2.1. Die Revisionen bringen zu ihrer Zulässigkeit zunächst vor, der Revisionswerber sei zwar Geschäftsführer, doch infolge der Bestellung des näher genannten zweiten Geschäftsführers der Auftragnehmerin (in Folge: Zweitgeschäftsführer) zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 VStG für die vorübergehende gewerbliche Tätigkeit in Österreich ("und zwar sowohl für das Baugewerbe eingeschränkt auf die Ausführung von Bauten, als auch für Elektrotechnik unter Ausschluss der Errichtung von Alarmanlagen") für die Einhaltung der verfahrensgegenständlichen Bestimmung des AVRAG nicht verantwortlich. Es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage, "ob sich die von den nach außen zur Vertretung berufenen Organen einer juristischen Person mit Sitz in der Europäischen Union gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 erstattete Anzeige (...) auch auf die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 7b ff AVRAG und damit auf die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Bestimmungen (sic) des § 7b AVRAG bezieht beziehungsweise (diese) umfasst oder nicht".

§ 7j Abs. 1 AVRAG regle zwar die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und 3 VStG für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes, "jedoch nur in Bezug auf den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit einer Bestellung und nur für Arbeitgeber, nicht aber für Gewerbetreibende, die keine Arbeitnehmer beschäftigen", wie das sowohl für die Auftragnehmerin als auch für alle vier im Gegenstandsfall tätigen "selbständigen Gewerbetreibenden und Einzelunternehmer" der Fall sei. Die Bestimmungen der §§ 7b ff AVRAG zählten zu den Verwaltungsvorschriften und seien daher von der Bestellung des Zweitgeschäftsführers zum verantwortlichen Beauftragten umfasst. Es verstoße gegen die Bestimmungen des § 373a GewO 1994, die dort geregelte Anzeige (an ein Bundesministerium) in ihrer Rechtswirkung einzuschränken und von zusätzlichen Bedingungen abhängig zu machen, die in "dieser einschlägigen und einzigen Regelung der vorübergehenden grenzüberschreitenden Dienstleistung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit" normiert sei.

12 Damit gelingt es dem Revisionswerber nicht, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, von der das Schicksal der Revisionen iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG abhängt, aufzuzeigen.

13 Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Revisionswerbers ist von diesem weder in der Beschwerde vom 23. September 2016 noch in der gleichzeitig eingebrachten Stellungnahme bzw. in der Ergänzung der Beschwerde durch die Rechtsvertreter vom 27. März 2017 konkret bestritten worden. Desgleichen wurde im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. März bzw. 26. April 2017 die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten vom Revisionswerber nicht vorgebracht bzw. behauptet. Die Revision bringt auch nicht vor, zu welchem Zeitpunkt der Revisionswerber das nunmehr behauptete Vorliegen einer Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten während der Dauer des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde bzw. dem Verwaltungsgericht sonst bereits vorgebracht hätte.

14 Das erstmalige Vorbringen zur Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten stellt sohin gemäß § 41 VwGG, weil es weder bereits im Verfahren vor der belangten Behörde noch jenem vor dem Verwaltungsgericht erstattet wurde, eine (unbeachtliche) Neuerung im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof dar. Das Vorliegen einer grundsätzlichen Rechtsfrage gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG kann jedoch nicht mit einem Vorbringen begründet werden, das unter das sog. Neuerungsverbot fällt (vgl. VwGH 23.04.2015, Ra 2015/07/0031, mwN).

15 Zudem ist der Revisionswerber in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ein verantwortlicher Beauftragter (auch gemäß § 7j AVRAG iVm § 9 Abs. 2 VStG) nur durch die ausdrückliche Übertragung der Verantwortung für die Einhaltung bestimmter Rechtsvorschriften (konkret jener des AVRAG) rechtswirksam bestellt werden kann (vgl. VwGH 1.3.2016, Ra 2015/11/0097, mwN).

16 2.2.2. Die Revisionen bringen zur Zulässigkeit weiters vor, das Verwaltungsgericht weiche von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab bzw. setze sich in Widerspruch zu dieser, weil es die genannten selbständigen Gewerbetreibenden mit nachgewiesener Gewerbeberechtigung und Berufsbefugnis nicht als selbständige

Gewerbetreibende und Einzelunternehmer anerkannt, sondern diese als Arbeitnehmer qualifiziert habe, dies, obwohl der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen habe, dass "bei der Befugnis zur Erbringung vorübergehender grenzüberschreitender Dienstleistungen (...) im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich auf die Befugnis des Unternehmers im Herkunftsmitgliedstaat der EU abzustellen" sei. Diese von der belangten Behörde und dem Verwaltungsgericht vorgenommene "Umqualifikation" der genannten Personen in Arbeitnehmer "trotz selbständiger gewerbeeinschlägiger Tätigkeit und ohne jede persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit von (der Auftragnehmerin)" führe im Ergebnis zum "Ausschluss dieser selbständigen Gewerbetreibenden und Einzelunternehmen von der selbständigen Erwerbstätigkeit in Österreich". Dies verstoße gegen Unionsrecht, insbesondere gegen Art. 56 AEUV sowie gegen die Bestimmungen der GewO 1994, insbesondere § 373a leg. cit. 17 Auch damit kann nicht aufgezeigt werden, dass die Behandlung der Revisionen von der Beantwortung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG abhinge.

18 Zunächst ist auf § 7i Abs. 10 AVRAG zu verweisen, wonach für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieses Bundesgesetzes vorliegt, der "wahre wirtschaftliche Gehalt" und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend ist.

19 Damit in Übereinstimmung hat das Verwaltungsgericht die Frage, ob es sich bei den Vereinbarungen zwischen der (tschechischen) Auftragnehmerin und den genannten vier Personen um Werk- oder Arbeitsverträge handelt, den wahren wirtschaftlichen Gehalt dieser Verträge anhand der für diese Vertragstypen jeweils kennzeichnenden Kriterien im Rahmen einer umfassenden Gesamtbetrachtung beurteilt (vgl. zum Erfordernis einer "Gesamtbeurteilung" in Fällen der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitskräften jüngst VwGH 22.8.2017, Ra 2017/11/0068, mit Verweis auf Judikatur des EuGH).

20 Die dabei vom Verwaltungsgericht für das Vorliegen eines Werkvertrages oder eines Arbeitsvertrages als maßgeblich erachteten Kriterien weichen auch nicht von jenen in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (bzw. des EuGH) als entscheidend herausgearbeiteten Kriterien ab (vgl. zu den maßgebenden Kriterien erneut das zitierte Erkenntnis Ra 2017/11/0068, sowie aus der ständigen Rechtsprechung etwa die hg. Erkenntnisse VwGH 23.5.2007, 2005/08/0003, 6.11.2012, 2012/09/0130, 15.5.2013, 2011/08/0130, 15.10.2015, 2013/11/0079, und 23.12.2016, Ra 2016/08/0144).

21 Die Frage, inwieweit und aus welchen Gründen im Rahmen der jeweils vorzunehmenden Gesamtbetrachtung einzelnen dieser Kriterien im konkreten Fall ein höheres und anderen ein geringeres Gewicht beigemessen wird, stellt eine einzelfallbezogene Beurteilung dar, die im Allgemeinen - wenn sie auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage erfolgte und in vertretbarer Weise im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze vorgenommen wurde - nicht revisibel ist (vgl. etwa den hg. Beschluss VwGH 10.5.2017, Ra 2017/11/0042).

22 Die vorliegendenfalls getroffene Beurteilung dieser Frage ist weder mit einem Verfahrensfehler behaftet (insbesondere hat das Verwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durchgeführt) noch als unvertretbar zu erkennen.

23 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Hinweis des Revisionswerbers auf das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2012, 2010/04/0018, in den vorliegenden Revisionsfällen schon deshalb nicht verfährt, weil es im dort zugrundeliegenden Verfahren (u.a.) um die Frage der Befugnis der Erbringung vorübergehender grenzüberschreitender Dienstleistungen im Rahmen der unionsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit gem. § 373a GewO 1994 ging, nicht jedoch um die Frage des wahren wirtschaftlichen Gehalts eines Arbeitsverhältnisses zur Beurteilung der Frage, ob eine Entsendung im Sinne der §§ 7 ff AVRAG vorliegt.

24 2.2.3. Zuletzt bringen die Revisionen zu ihrer Zulässigkeit vor, das Verwaltungsgericht habe entgegen der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die maßgeblichen Bestimmungen der anzuwendenden Kollektivverträge (konkret für Arbeiter in der Bauindustrie und im Baugewerbe sowie für das Eisen- und Metallverarbeitende Gewerbe) nicht geprüft bzw. dazu keine Feststellungen getroffen. Es habe demnach keinen Vergleich zwischen den Mindestlöhnen und dem tatsächlich bezahlten Entgelt angestellt. Durch Prüfung der genannten Kollektivverträge hätte das Verwaltungsgericht jedoch festgestellt, dass die genannten vier "Gewerbetreibenden" ohnedies "überkollektivvertraglich" bezahlt worden seien, daher den vom AVRAG verfolgten Zielen ohnedies entsprochen worden sei und folglich auch keine Verwaltungsübertretungen vorliegen könnten.

25 Auch mit diesem Vorbringen gelingt es dem Revisionswerber nicht darzutun, dass die Behandlung der Revisionen

von der Beantwortung einer Rechtsfrage anhängt, der grundsätzliche Bedeutung gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zukommt.

26 Es geht nämlich bereits insofern ins Leere, als die Frage der Entlohnung der genannten Arbeitskräfte - konkret, ob diese "überkollektivvertraglich" erfolgt sei oder nicht - nicht Gegenstand der revisionsgegenständlichen Verfahren ist, welche - anders als das in den Revisionen zitierte hg. Erkenntnis vom 9. November 2016, Ra 2016/11/0120 - nur die (Rechtmäßigkeit der) Bestrafung des Revisionswerbers wegen der unterlassenen Meldung der Arbeitsaufnahme der genannten Personen an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung des Bundesministeriums für Finanzen durch die Auftragnehmerin gemäß § 7b Abs. 8 Z 1 iVm Abs. 3 AVRAG bzw. wegen der Nicht-Bereithaltung von Lohnunterlagen am Arbeits- bzw. Einsatzort gemäß § 7i Abs. 4 Z 1 iVm § 7d Abs. 1 AVRAG zum Gegenstand hatte.

27 2.3. Die Revisionen waren daher zurückzuweisen.

Wien, am 23. April 2018

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2017110221.L00

**Im RIS seit**

17.05.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

13.06.2018

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

© 2024 JUSLINE

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

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