

# TE UVS Tirol 2002/02/27 2001/23/033-5

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.02.2002

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Albin Larcher über die Berufung des Herrn J. Sch., vertreten durch RAe Dr. Martin Dellasega,

Dr. Max Kapferer in Innsbruck, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 29.06.2001, ZI AB-7-2001, nach öffentlicher und mündlicher Verhandlung wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG iVm den §§ 24, 51 Abs 1 und 51e Abs 2 VStG wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat der Berufungswerber als Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens 20 Prozent der verhängten Geldstrafe, das sind 145,35 Euro (2.000,-- S) zu leisten.

## **Text**

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber spruchgemäß folgendes vorgeworfen:

?Sie haben als Arbeitgeber in der Zeit vom 01.04.2000 bis 06.04.2001 den slowenischen Staatsangehörigen Darko O., geb 31.07.1968 in Celje, in Kössen als Kraftfahrer für die Musikgruppe XY Sextett beschäftigt, ohne dass Ihnen für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der Ausländer einen Befreiungsschein oder eine Arbeitserlaubnis besaß.?

Dadurch habe er die Rechtsvorschriften § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm§ 3 Abs 1 AusIBG 1975 idF BGBl I Nr 199/1999 verletzt, weshalb über ihn eine Geldstrafe von 10.000,-- S, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen gemäß § 28 AusIBG verhängt wurde:

In der rechtzeitig dagegen erhobenen Berufung wurde im Wesentlichen wie folgt vorgebracht:

Die Behörde erster Instanz habe den Sachverhalt unzureichend ermittelt und sei so zum unrichtigen Schluss gekommen, dass der Beschuldigte den Herrn Darko O. beschäftigt habe. Dieser habe nämlich im Rahmen eines Werkvertrages gearbeitet und sei nicht an Dienstzeiten, einen Dienstort und an Weisungen der Verantwortlichen des

XYsextetts gebunden gewesen. Er habe keinen Lohn sondern eine umsatzsteuerpflichtiges Honorar bezogen. Seine Tätigkeit unterliege nicht dem AuslBG sondern allenfalls der Gewerbeordnung. Er sei als selbstständiger Kaufmann tätig.

Um dies zu ermitteln hätte die Behörde erster Instanz Herrn Darko O, als Zeugen einvernehmen müssen. Im Unterlassen dieser Einvernahme liege ein wesentlicher Verfahrensmangel.

Im Straferkenntnis fehle eine Begründung, warum gerade Josef Sch. Verantwortlicher im Sinne des VStG sei. Auftraggeber sei das Original XYsextett gewesen, welches auch das Honorar bezahlt habe.

Das Original XYsextett sei steuerlich vertreten. Seitens der Steuerberatungskanzlei sei die vorliegende Form des Werkvertrages gewählt worden. Die Beteiligten des Original XYsextetts hätten sich darauf verlassen können, dass die Ratschläge der Steuerberatungskanzlei richtig seien. Daher hätten die Verantwortlichen nicht vorwerfbar gehandelt.

Unter Berücksichtigung, dass für den Fall, dass das Verhalten des Beschuldigten strafbar sein sollte, ein geringer Sorgfaltsverstoß vorliege, hätte sich die Behörde erster Instanz mit einer niedrigeren Strafe begnügen müssen.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Zum Einwand, dass die Anstellung des Darko O. kein Dienstverhältnis, sondern ein Werkvertrag sei, der nicht den Bestimmungen des AuslBG unterliege, ist auszuführen:

Ob dieses Vertragsverhältnis als Dienstvertrag oder als Werkvertrag betitelt wurde, ist für die rechtliche Beurteilung desselben unerheblich (falsa demonstratio non nocet). Allein der Inhalt des Vertrages und die den Parteien danach obliegenden Pflichten bilden die Grundlage für die rechtliche Einordnung des Vertrages (OGH 11.06.1997, 9ObA185/97).

Im gegenständlichen Fall sprechen verschiedene Aspekte des Vertragsverhältnisses gegen eine Einordnung desselben als Werkvertrag:

Darko O. war nach seinen eigenen Angaben in der Niederschrift vom 06.04.2001 in Slowenien arbeitslos. Er gab in dieser Niederschrift an, als Fahrer für das XY Sextett als Gelegenheitskraftfahrer beschäftigt zu sein. Laut den im Akt befindlichen Kassabestätigungen erhielt er in der Zeit von 29.07.2000 bis 31.12.2000 insgesamt 24 Auszahlungen in der Höhe von 9.000,-- S, 5.260,-- DM sowie 2.800,-- SFr. Da Herr O. also in einem Zeitraum von ungefähr fünf Monaten einen Betrag von umgerechnet etwas mehr als 70.000,--S erhalten hat, gleichzeitig aber keiner anderen Beschäftigung nachgegangen ist, ist hier jedenfalls von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit auszugehen. Dabei ist noch anzumerken, dass er in der erwähnten Niederschrift selbst angab, dieses Geld zu brauchen.

Der Umstand, dass er mit dem jedenfalls nicht ihm sondern der Band bzw dem Beschuldigten gehörigen LKW gefahren ist, spricht gegen die Selbständigkeit des Herrn O. und dafür, dass er die Fahrten in Abhängigkeit vom Arbeitgeber ausführte. Verdeutlicht wird dies auch dadurch, dass er nach seinen Angaben überall dort hinfahren musste, wo die Gruppe auftrat.

Die Schilderung des Herrn O., dass er den vor einem Jahr ausgefallenen früheren Fahrer ersetzen sollte, sowie der Umstand, dass er zu allen Auftritten gefahren ist, zeigen auf, dass er dauerhaft für die Musikgruppe gefahren ist.

Damit sind die wesentlichen Tatbestandsmerkmale eines Arbeitsvertrages im Sinne des § 3 Abs 1 AuslBG, nämlich die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers sowie die Dauerhaftigkeit der vereinbarten Dienstleistung, erfüllt. Beweismittel dafür, dass das Vertragsverhältnis als Werksvertrag zu behandeln wäre, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Dem Berufungswerber ist also nicht zuzustimmen, wenn dieser meint, dass Herr O. als selbständiger Kaufmann hier tätig war. Vielmehr ist davon auszugehen, dass hier tatsächlich ein Dienstvertrag vorgelegen ist.

Die vom Berufungswerber behauptete Mangelhaftigkeit, weil der Zeuge Darko O. nicht vernommen worden sei, liegt nicht vor, weil sich die diesen Zeugen betreffenden Sachverhaltsfeststellungen bedenkenlos aus dem bisherigen Akteninhalt, insbesondere aus der mit diesem Zeugen aufgenommenen Niederschrift vom 06.04.2001, ergeben.

In der Berufung wurde bemängelt, dass das erstinstanzliche Straferkenntnis keine Begründung dafür enthalte, warum der Beschuldigte Verantwortlicher im Sinne des VStG ist. Dazu ist auszuführen:

Im angefochtenen Straferkenntnis wird dem Beschuldigten selbst vorgeworfen, Arbeitgeber des Herrn O. gewesen zu sein. Der Beschuldigte wurde also in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber selbst und nicht als Verantwortlicher im Sinne des § 9 VStG bestraft. Dies erfolgte auch zu Recht so, da das Original XYsextett nach Aktenlage weder eine juristische Person, noch eine Personengesellschaft des Handelsrechts, noch eine eingetragene Erwerbsgesellschaft ist. Allenfalls könnte es sich beim Original XYsextett um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln, wobei dies allerdings nichts an der Verantwortlichkeit des Beschuldigten ändern könnte, denn bei einer GesbR trifft die verwaltungsstrafrechtliche Haftung jeden nach außen zur Vertretung befugten, somit jeden Gesellschafter (Hauer/Leukauf Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens(5) 1996 Anm 3 zu § 9 VStG).

Unbestritten ist für Herrn O. weder eine Beschäftigungsbewilligung noch eine Entsendebewilligung erteilt worden, weiters wurde weder eine Anzeigebestätigung noch eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt und er besitzt auch keine gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein. Ohne eine dieser Voraussetzungen darf ein Ausländer allerdings gemäß § 3 Abs 1 AuslBG nicht beschäftigt werden. Da Herr O. aber vom Beschuldigten beschäftigt wurde, liegen die objektiven Tatbestandsmerkmale einer Übertretung dieser Verwaltungsvorschrift vor.

Da die Erstbehörde zu Recht von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung ausgegangen ist, wäre es Sache des Berufungswerbers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der objektiv verletzten Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war. Dabei hätte er initiativ alles darzutun gehabt, was für seine Entlastung spricht, insbesondere dass er solche Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen (vgl ua das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 02. April 1990, Zl. 90/19/0078). Ansonsten wäre er selbst dann strafbar, wenn der Verstoß ohne sein Wissen und ohne seinen Willen begangen wurde (vgl ua das Erkenntnis des VwGH vom 19.09.1989, Zl 89/08/0221).

Diesbezüglich wurde in der Berufung behauptet, dass der Beschuldigte nicht vorwerfbar gehandelt habe, da er nur die Ratschläge seines Steuerberaters befolgt hätte. Im Zuge des Berufungsverfahrens beantragte der Vertreter des Beschuldigten, die Verhandlung zu vertagen, um eine Bestätigung des Steuerberaters des Original XYsextetts

vorzulegen, aus der hervorgehe, dass die Auskunft erteilt worden ist, wonach hier ein Werkvertrag möglich und zulässig sei. Daraufhin wurde dem Vertreter des Beschuldigten die Möglichkeit eingeräumt, eine derartige Bestätigung binnen vier Wochen ab 04.12.2001, somit bis 02.01.2002, zu übermitteln.

Mit Schreiben vom 12.12.2001, dem Vertreter des Beschuldigten am 14.12.2001 zugegangen, wurde dieser ersucht, die erwähnte Bestätigung bis 10.01.2002 zu übermitteln. Am 14.01.2002 langte beim UVS Tirol der mit 11.01.2002 datierte Antrag ein, mit dem um Fristerstreckung um drei Wochen ersucht wurde.

Die vom Vertreter des Beschuldigten angekündigte Bestätigung langte allerdings in diesen drei Wochen und auch bis heute nicht ein.

Ob der Beschuldigte nun tatsächlich vom Steuerberater dahingehend beraten wurde, dass hier ein Werkvertrag möglich und zulässig sei, hätte nur unter Mitwirkung des Beschuldigten geklärt werden können. Dieser für das Verschulden des Beschuldigten relevante Sachverhaltsaspekt konnte aber ohne eine derartige Mitwirkung nicht geklärt werden.

Der Verfahrensgrundsatz, dass die Behörde von Amts wegen vorzugehen hat § 24 VStG iVm § 39 Abs 2 AVG, § 25 Abs 1 VStG), befreit die Partei nicht von ihrer Verpflichtung, zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts beizutragen, wobei diese Mitwirkungspflicht auch den Beschuldigten im Verwaltungsstrafverfahren trifft. Die Mitwirkungspflicht hat insbesondere dort Bedeutung, wo ein Sachverhalt nur im Zusammenwirken mit der Partei geklärt werden kann, und erfordert es, dass der Beschuldigte seine Verantwortung nicht darauf beschränken kann, die ihm zur Kenntnis gelangten Erhebungsergebnisse für unrichtig zu erklären, ohne diesen ebenso konkrete Behauptungen entgegenzusetzen und entsprechende Beweise anzubieten. So löst etwa das bloße globale Bestreiten des Beschuldigten, ohne nähere Konkretisierung und Stellung von Beweisanträgen, in einem durch eine Meldung eines Sicherheitswachebeamten eingeleiteten Verfahren keine weitere Ermittlungspflicht aus. Unterlässt der Beschuldigte die gebotene Mitwirkung im Verwaltungsstrafverfahren, so bedeutet es keinen Verfahrensmangel, wenn die Behörde von Amts wegen keine weiteren Erhebungen durchführt (vgl zum Ganzen etwa die in Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens(5) zu § 25 Abs 1 VStG E 8a bis c zitierte Rechtsprechung).

Nachdem vom Beschuldigten also für das Ausmaß seines Verschulden relevanten Beweismittel zwar angekündigt, dann aber nicht doch nicht vorgelegt wurden, war gemäß § 5 Abs 1 2. Satz VStG als Verschuldensgrad zumindest Fahrlässigkeit anzunehmen.

Zum Einwand in der Berufung, dass die hier ausgesprochene Strafe zu hoch sei, bleibt auszuführen, dass hier ohnehin nur die Mindeststrafe gemäß § 28 Abs 1 Z 1 AusIBG verhängt wurde.

Der Berufung war daher ein Erfolg zu versagen.

#### **Schlagworte**

wesentlicher, Tatbestandsmerkmale, eines Arbeitsvertrages, Abhängigkeit, Dauerhaftigkeit, Dienstleistung

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

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