

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/3/21 2011/09/0056

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.03.2013

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1151;

AuslBG §2 Abs2 litb;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;

AuslBG §3 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde des CS in P, vertreten durch Dr. Julia Ecker, Mag. Wilfried Embacher und Dr. Thomas Neugschwendtner, Rechtsanwälte in 1040 Wien, Schleifmühlgasse 5/8, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland vom 22. Februar 2011, Zl. K 019/15/2010.019/014, betreffend Bestrafung wegen Übertretungen des AuslBG (weitere Parteien:

Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesministerin für Finanzen), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 22. Februar 2011 wurde der Beschwerdeführer - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - schuldig erkannt, er habe die näher bezeichneten slowakischen Staatsangehörigen V.F., A.J., M.K., A.N. und V.T.

(Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) beschäftigt, obwohl ihm für diese Ausländer keine der im einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen oder Bestätigungen ausgestellt worden sei. Die slowakischen Staatsbürger seien von Beamten der KIAB am 7. Oktober 2008 um 10:45 Uhr auf der Baustelle M., T-Straße, beim Zuschneiden, Verkleben und Verspachteln von Isoliermaterial an der Fassade angetroffen worden.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG übertreten. Über den Beschwerdeführer wurden fünf Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 7.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 168 Stunden) verhängt.

Begründend führte die belangte Behörde aus, es sei unstrittig, dass der Beschwerdeführer einen Malerbetrieb in P. führe. Er habe vom Unternehmen Pf. den Auftrag zur Herstellung des Vollwärmeschutzes auf der Baustelle M., T-Straße, erhalten. Bei einer Kontrolle nach dem AuslBG am 7. Oktober 2008 seien die näher bezeichneten slowakischen Staatsbürger auf der genannten Baustelle arbeitend angetroffen worden. Sie hätten gemeinsam am gleichen Haus gearbeitet, Isoliermaterial zugeschnitten, verklebt und verspachtelt. Es seien keine für eine Beschäftigung erforderlichen arbeitsmarktrechtlichen Papiere vorgelegen. Eine Beaufsichtigung der Ausländer sei nicht nötig gewesen, da sie entsprechend ausgebildet seien. Eine Besichtigung der Baustellen sei zumindest nach Abschluss der Arbeiten erfolgt.

Für die genannte Baustelle habe es einen schriftlichen Vertrag gegeben, nämlich die im Akt liegende Rahmenvereinbarung vom 3. September 2008, abgeschlossen zwischen dem Malerbetrieb des Beschwerdeführers als Auftraggeber und den verfahrensgegenständlichen Ausländern sowie R.H. als Auftragnehmer. Gemäß Punkt 17. sei Vertragsgegenstand ein "Außenwandwärmedämmverbundsystem ca. 700 m<sup>2</sup>" beim Bauvorhaben M., T-Straße, gewesen.

In der Folge stellte die belangte Behörde auszugsweise Preisvereinbarungen der Rahmenvereinbarung vom 3. September 2008 für in Betracht kommende Einzelleistungen dar und führte weiters aus, dass gemäß Punkt 2. Einzelverträge zustande kämen, sobald der Auftraggeber den Auftrag zur Herstellung eines bestimmten Werkes erteile und die Auftragnehmer die Auftragsannahme nicht binnen 24 Stunden schriftlich ablehnen würden. Gemäß Punkt 15. seien die Auftraggeber (offenbar gemeint: Auftragnehmer) nicht berechtigt, Arbeitskräfte zu beschäftigen. Gemäß Punkt 12. würden die Auftragnehmer im Rahmen der Gewährleistung stets in jenem Umfang haften, in welchem der Auftraggeber gegenüber seinem Auftraggeber hafte.

Die Ausländer hätten die Übernahme des Arbeitsauftrages verweigern können. Sie seien mit dem eigenen Fahrzeug auf die Baustelle gefahren und hätten nicht in Firmenkleidung gearbeitet. Das Material und die Spezialwerkzeuge hätten vom Beschwerdeführer gestammt, einfaches Handwerkzeug habe den Ausländern gehört. Die Ausländer hätten jeweils über einen Anerkennungsbescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit verfügt und zwar V.T., M.K. und V.F. für das Baumeistergewerbe, eingeschränkt auf ausführende Maurermeistergewerbe, A.N. und A.J. für das Gewerbe der Maler und Anstreicher. Sämtliche Ausländer hätten um Vergabe einer Steuernummer und einer UID-Nummer angesucht. Die Ausländer hätten ausschließlich für den Betrieb des Beschwerdeführers gearbeitet und zwar täglich. Der Beschwerdeführer sei von den Ausländern als "Chef" angesehen worden.

In rechtlicher Hinsicht gelangte die belangte Behörde zum Ergebnis, dass zwischen dem Beschwerdeführer und den verfahrensgegenständlichen Ausländern unselbständige Beschäftigungsverhältnisse vorgelegen seien. Weiters legte die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe dar.

Anders als die Behörde erster Instanz gemeint habe, sei der dritte und nicht der vierte Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG anzuwenden, weil der Beschwerdeführer zwar bereits mit drei einschlägigen Vorstrafen bestraft worden sei, nicht aber wegen Beschäftigung von mehr als drei Ausländern. Dies sei jedoch als erschwerend zu werten gewesen, eine niedrigere Strafe sei aus spezialpräventiven Gründen nicht in Frage gekommen, weil selbst eine bereits verhängt Strafe von EUR 4.000,-- für die bewilligungslose Beschäftigung eines Ausländers nicht dazu geführt habe, den Beschwerdeführer von der Begehung weiterer Taten abzuhalten. Der objektive Unrechtsgehalt sei keinesfalls gering, die Strafe sei auch aus generalpräventiven Gründen geboten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen hat:

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er die im Spruch des angefochtenen Bescheides genannten Ausländer zu der ihm vorgeworfenen Tatzeit auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle zur Anbringung von Vollwärmeschutz herangezogen hat.

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass im Gegensatz zur Rechtsansicht der belangten Behörde kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorliege. Für die Tätigkeit der slowakischen Staatsbürger seien spezielle Kenntnisse

und Fertigkeiten erforderlich gewesen. Deren Spezialkenntnisse seien auch aus den vorgelegten Anerkennungsbescheiden ersichtlich. Auch in der Gestaltung der Arbeitszeit seien die slowakischen Staatsbürger völlig frei gewesen. Es habe keinerlei persönliches Weisungsrecht des Beschwerdeführers, wie es im Zustand wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit erfolge, gegeben. Der Beschwerdeführer habe mit den slowakischen Staatsangehörigen schriftlich Werkverträge abgeschlossen, die hinreichend konkretisiert gewesen seien. Es seien sowohl Preis als auch das zu errichtende Werk hinreichend genau festgelegt gewesen.

Bei der Qualifikation einer Tätigkeit als arbeitnehmerähnlich im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG - eine derartige Qualifikation hat die belangte Behörde gegenständlich erkennbar vorgenommen - kann das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber als Werkvertragsverhältnis bezeichnet sein (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187, und vom 28. Februar 2012, Zl. 2009/09/0128), auch dies würde eine arbeitnehmerähnliche Stellung der Ausländer grundsätzlich nicht ausschließen. Die Bezeichnung der Rechtsnatur der Vertragsbeziehung zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger ist nicht ausschlaggebend, es kann jede Art von Arbeitsleistung Gegenstand eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses sein (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2008, Zl. 2007/09/0239).

Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist vielmehr die wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig. Seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, muss eher darin erblickt werden, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187, sowie vom 9. Oktober 2006, Zl. 2005/09/0074, und vom 28. Februar 2012, Zl. 2009/09/0128, zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 14. Dezember 2012, Zl. 2010/09/0187).

Nach den - diesbezüglich unbestritten gebliebenen - Feststellungen der belangten Behörde wurden die Ausländer leistungsbezogen entlohnt. Der Beschwerdeführer hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung selbst angegeben, er habe mit den einzelnen Ausländern so abgerechnet, "was sie mir angeben (Anzahl der m2)". Das spricht nicht für das Vorliegen eines Werkvertrages (oder mehrere Werkverträge) sondern vielmehr für die unselbständige Besorgung von eher einfachen Arbeiten. Das von den Slowaken verarbeitete Material wurde zur Gänze, ebenso wie das von ihnen verwendete "Spezialwerkzeug" (wie z.B. ein Dübelsetzgerät) vom Beschwerdeführer bereitgestellt, dabei treten die Umstände, dass die Ausländer, die ihr eigenes Handwerkzeug verwendet haben und mit ihrem eigenen Fahrzeug zu der verfahrensgegenständlichen Baustelle gekommen sind, in den Hintergrund.

Die Beschwerde zeigt relevante, vom Verwaltungsgerichtshof wahrzunehmende Mängel der - nachvollziehbar dargelegten Erwägungen zur - Beweiswürdigung der belangten Behörde - auch hinsichtlich der konkret bekämpften Feststellung, dass die Ausländer ausschließlich für das Unternehmen des Beschwerdeführers gearbeitet haben und zwar täglich - im Ergebnis nicht auf (vgl. dazu auch die Aussage des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung vom 14. September 2010, wonach "er nicht sagen oder bestreiten könne, ob bzw. dass sie (die Ausländer) das ganze Jahr für ihn gearbeitet haben").

Wenn sich - wie hier - die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil die Arbeitnehmer von sich aus wissen, wie sie sich bei ihrer Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten haben, dann äußert sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers"), die seitens des Unternehmens des Beschwerdeführers auch ausgeübt worden sind:

In seiner Stellungnahme vom 10. September 2010 hat der Beschwerdeführer diesbezüglich festgehalten, dass Zwischenkontrollen zum Baufortschritt sowie zur Qualität des von den Ausländern errichteten "Werks" erfolgt seien.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wird in seiner Beschwerde kein Umstand aufgezeigt, der die Gesamtbetrachtung der belangten Behörde, die Ausländer - die weder über eigene nennenswerte unternehmerische Organisation noch über wesentliche Betriebsmittel verfügten und die bei ihrer gegenständlich ausgeübten Tätigkeit letztlich nur über ihre eigene Arbeitskraft disponierten - seien nach dem wirtschaftlichen Gehalt ihrer tatsächlichen Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt worden, im Ergebnis als rechtswidrig erscheinen

ließe (vgl. auch das ein weiteres Beschwerdeverfahren des Beschwerdeführers betreffende hg. Erkenntnis vom 15. Februar 2013, Zl. 2011/09/0009). Daran kann auch das von der belangten Behörde festgestellte, den Ausländern in der Rahmenvereinbarung vom 3. September 2008 eingeräumte Recht, die Übernahme von Arbeitsaufträgen zu verweigern - dass die Ausländer von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht hätten, wird ohnedies nicht vorgebracht -, nichts ändern.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung erkennt, ist der bloß formale Umstand, dass die Ausländer im Besitz einer Gewerbeberechtigung (hier: eines Anerkennungsbescheides gemäß § 373c GewO 1994, als Nachweis der Befähigung für ein Gewerbe) waren, für die Beurteilung ihrer sachverhältnismäßig festgestellten Tätigkeit dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 14. Dezember 2012, Zl. 2010/09/0221).

Die belangte Behörde ist bei der Strafbemessung zutreffend (anders als die Strafbehörde erster Instanz) vom dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG (Geldstrafe von EUR 2.000,- bis zu EUR 20.000,-) ausgegangen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2001/09/0025). Sie durfte drei einschlägige - im Zeitpunkt der Begehung der neuen Straftat rechtskräftige - Vorstrafen als erschwerend berücksichtigen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 1994, Zl. 93/09/0191, m.w.N.).

Der Verwaltungsgerichtshof vermag den Umstand, dass die belangte Behörde - angesichts der beim Beschwerdeführer keine Änderung seines Verhaltens bewirkenden Vorstrafen - die von der Erstbehörde verhängten Strafen, vor allem aus spezialpräventiven Gründen trotz geändertem Strafsatz nicht herabgesetzt hat, auch im Hinblick auf § 51 Abs. 6 VStG nicht als rechtswidrig zu erkennen (vgl. auch das oben zitierte gegenüber dem Beschwerdeführer ergangene hg. Erkenntnis vom 15. Februar 2013).

Die belangte Behörde war - entgegen den Beschwerdeausführungen - auch nicht gehalten, die gegenständliche - noch als angemessen zu wertende -Verfahrensdauer als mildernd zu werten. Im vorliegenden Fall erlangte der Beschwerdeführer im Zuge der Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung am 15. Jänner 2009 Kenntnis von dem gegen ihn erhobenen Tatvorwurf; als Anfangszeitpunkt des Verfahrens ist daher dieser Tag anzunehmen. Das Verfahren wurde in zweiter Instanz nach Durchführung eines umfangreichen Beweisverfahrens mit dem angefochtenen Bescheid, der dem Beschwerdeführer am 23. Februar 2011 zugestellt wurde, abgeschlossen. Vor diesem zeitlichen Hintergrund des Verfahrens in der Dauer von zwei Jahren und etwas mehr als einem Monat, kann anhand der Umstände des gegenständlichen Falles (zu den diesbezüglich zur Beurteilung heranzuziehenden, durch die Rechtsprechung des EGMR entwickelten Kriterien vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 14. Oktober 2011, Zl. 2009/09/0239) von einer überlangen Verfahrensdauer dieses Verfahrens, in welchem zwei Instanzen über einen nicht einfachen Sachverhalt in der Sache selbst entschieden haben, nicht gesprochen werden (vgl. zum Ganzen die hg. Erkenntnisse vom 24. März 2004, Zl. 2001/09/0163, vom 24. September 2010, Zl. 2009/02/0329, sowie das eben zitierte Erkenntnis vom 14. Oktober 2011).

Die vom Beschwerdeführer beantragte Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG unterbleiben. Der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. ebenfalls das zitierte Erkenntnis vom 15. Februar 2013).

Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008.

Wien, am 21. März 2013

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

ECLI:AT:VWGH:2013:2011090056.X00

#### **Im RIS seit**

23.04.2013

#### **Zuletzt aktualisiert am**

30.04.2013

---

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

© 2025 JUSLINE

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

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