

# TE Vwgh Erkenntnis 2013/10/3 2013/09/0113

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.10.2013

## **Index**

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

## **Norm**

AuslBG §28 Abs1;  
VStG §21;  
VStG §5;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des DJ in W, vertreten durch Dr. Georg Lehner, Rechtsanwalt in 4600 Wels, Südtirolerstraße 12a, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 22. November 2012, Zl. UVS-07/A/25/5855/2012, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesministerin für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird, insoweit sie die Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz betrifft, als unbegründet abgewiesen.

## **Begründung**

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

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer u.a. schuldig erkannt, er habe als Dienstgeber, wie am 5. Dezember 2011 um 18.40 Uhr durch Erhebungsorgane des Finanzamtes W festgestellt worden sei, in W in seinem Lokal P (Gewerbeberechtigung: Verabreichung von Speisen in einfacher Art und den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen oder Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden) den näher bezeichneten bulgarischen Staatsangehörigen GS, seit 1. Juli 2011 als Pizzasteller beschäftigt, obwohl für diesen keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.900,-- (im

Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von einem Tag und 20 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides stellte die belangte Behörde nach Zusammenfassung der Verfahrensergebnisse und wörtlicher Wiedergabe der Aussagen des Zeugen GS (gegenständlicher Pizzazusteller) und BJ (Kontrollorgan) in der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2012 folgenden Sachverhalt fest:

"Die Herren GS und HE waren zur angelasteten Tatzeit Pizzazusteller. Sie verwendeten ihr eigenes Kraftfahrzeug. Zur angelasteten Tatzeit gab es keine anderen Auftraggeber. Sie mussten auf Abruf für die einzelnen Zustellungen verfügbar sein. Pro Zustellung erhielten sie Euro 4,50. Dieses Entgelt wurde seitens der Firma 'P' festgelegt und wurde von Herrn GS ohne Verhandlungen akzeptiert, da es ihm von Freunden her bekannt war. Aufzeichnungen über die Zustellungen hat nicht nur der Zusteller, sondern auch der (Beschwerdeführer) geführt. Zum Zeitpunkt der Kontrolle trug Herr HE eine Jacke mit der Aufschrift 'P', Herr GS einen Sweater mit der Aufschrift 'P'. Die Genannten waren zwar nicht verpflichtet, Kleidung mit dieser Aufschrift zu tragen, die Kleidungsstücke wurden ihnen aber seitens 'P' angeboten. Herr GS musste den Sweater auch bei Beendigung seiner Tätigkeit für die Firma 'P' zurückgeben. Im Vertretungsfall (Krankheitsfall) hat der (Beschwerdeführer) selbst für eine Vertretung gesorgt. Herr GS verfügte über kein von seiner Wohnung getrenntes Büro, auch nicht über eine eigene Firmenfahrt mit der Aufschrift, dass er Pizzazusteller wäre, oder über entsprechende Visitenkarten.

Herr GS verfügte seit 1.7.2011 über einen Gewerbeschein für das Gewerbe 'Kleintransporte'. Er war (laut Versicherungsdatenauszug vom 11.5.2012, Blatt 16ff des Berufungsaktes) vom 7.4.2010 bis 31.12.2010 in der Krankenversicherung selbst versichert gemäß § 16 ASVG. Vom 1.7.2011 bis 'laufend' als gewerblich selbstständiger Erwerbstätiger. Erst seit Mai 2012 (somit erst nach der angelasteten Tatzeit) hat Herr GS zusätzlich zur bisherigen 'P' Filiale auch in einer weiteren 'P' Filiale gearbeitet, und zwar im

3. Bezirk. Erst seit Juli 2012 erledigte er Zustellungen für 'D', also ebenfalls erst lange nach der angelasteten Tatzeit. Es war zwar nicht im Vorhinein ausgemacht, dass Herr GS zu einem bestimmten Zeitpunkt zuhause sein musste, um Anrufe entgegen zu nehmen, er war aber per Handy vereinbarungsgemäß auf Abruf bereit. Der (Beschwerdeführer) rief ihn einfach an und falls er einen Auftrag nicht übernehmen konnte, musste der (Beschwerdeführer) einen Anderen anrufen."

Rechtlich beurteilte dies die belangte Behörde folgendermaßen:

"Im vorliegenden Fall handelte es sich bei der Tätigkeit als Pizzazusteller um eine reine Hilfstätigkeit, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Beschäftigten erlaubte: Die Pizzazusteller waren auf Abruf tätig. Die Zustellung erfolgte zwar mit eigenem Kraftfahrzeug (ohne Aufkleber der Firma 'P'), sie verfügten jedoch über keine unternehmerische Infrastruktur (Büro). Die Zusteller traten nicht werbend am Markt auf (Firmenfahrt, Visitenkarten) und benötigten - abgesehen von einem Kraftfahrzeug -

keine spezifischen Betriebsmittel. Das Entgelt in Höhe von Euro 4,50 pro Zustellung wurde einseitig durch die Firma 'P' festgelegt.

Die Pizzazusteller arbeiteten im in Betracht kommenden Zeitraum nur für 'P' und waren daher wirtschaftlich von diesem Unternehmen und vom (Beschwerdeführer) abhängig.

Die Arbeitskleidung (mit Firmenaufschrift) war zwar nicht verpflichtend, wurde aber zumindest am Vorfalltag von beiden Arbeitskräften getragen. Sie traten also werbend nicht für sich selbst, sondern für den (Beschwerdeführer) auf.

Persönliche Arbeitspflicht und damit ein Element eines Dienstverhältnisses war insofern gegeben, als im Vertretungsfall (Krankheitsfall) schon gemäß Vertragswortlaut die Arbeitskraft dem (Beschwerdeführer) die Tatsache der Verhinderung mitzuteilen hatte und in der Praxis die Arbeitskraft überdies - entgegen dem Vertragswortlaut - nicht eine Person mitgeteilt hat, die sie vertritt, sondern der (Beschwerdeführer) selbst für eine Vertretung gesorgt hat.

Die Leistung wurde regelmäßig und auf Dauer für das Unternehmen des (Beschwerdeführers) erbracht, was gegen das Vorliegen eines Werkes spricht.

Es endete das Vertragsverhältnis auch nicht - wie dies bei Herstellung eines Werkes der Fall wäre - mit der Erbringung der Leistung, sondern blieb die Arbeitskraft auf Basis einer telefonischen Abrufbereitschaft weiterhin für den (Beschwerdeführer) tätig.

Überhaupt kann in der bloßen Zustellung einer Pizza kein gewährleistungstaugliches Werk gesehen werden, selbst wenn dafür die Verwendung eines eigenen Kraftfahrzeuges vorgenommen wird.

Es war daher bei Beurteilung des Gesamtbildes von einem Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt auszugehen, und zwar gegen ein Entgelt, das pro Monat betrachtet die Geringfügigkeitsgrenze überschritt (siehe Blatt 5 des erstinstanzlichen Aktes)."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer tritt dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt nicht in konkreter Weise entgegen. Er bringt vor, GS sei als selbständiger "Werkvertragsnehmer mit Zustellleistungen beauftragt" gewesen.

Als Verfahrensmangel rügt der Beschwerdeführer, dass die mündliche Verhandlung nicht vertagt worden sei, er sei "plötzlich erkrankt" gewesen. Diesbezüglich legt er keine Bescheinigung vor, sodass die Ausführungen der belangten Behörde, "die vom Vertreter erst in der mündlichen Berufungsverhandlung erfolgte Bekanntgabe, der (Beschwerdeführer) sei an Grippe erkrankt", könne mangels "nicht einmal angeboten" gewesener ärztlichen Bestätigung keine Entschuldigung darstellen, nicht als rechtswidrig zu erkennen sind. Die Durchführung der Verhandlung erfolgte gemäß § 51f Abs. 2 VStG rechtens. Im Übrigen hätte der in der Verhandlung anwesende Vertreter Gelegenheit zu umfassendem Vorbringen gehabt.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem 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 Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem 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 (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, ZI. 2000/09/0190, mwN).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes 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 Unselbstständigkeit 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. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", indem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale 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 (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2002/09/0187).

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung 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 essenziell 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 Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde neben ihren Erwägungen zur Beweiswürdigung auch die für eine rechtliche Beurteilung wesentlichen und auf Grundlage des Vorbringens ausreichenden Sachverhaltselemente angeführt und in ihrer klaren rechtlichen Subsumtion das Vorliegen des inkriminierten Tatbestandes bejaht, sodass die Begründung des angefochtenen Bescheides einer nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof standhält (vgl. zu den Erfordernissen etwa die hg. Erkenntnisse vom 27. Juni 1995, Zl. 92/07/0184, und vom 25. Mai 2005, Zl. 2002/08/0106).

Ebenso bestehen keine Bedenken gegen das aus den getroffenen Feststellungen zur Tätigkeit des genannten Ausländers (nämlich, dass es sich um eine einfache Tätigkeit handelte, die keine besonderen Qualifikationen - mit Ausnahme einer Lenkberechtigung für den Pkw - erfordert, und üblicherweise in einem Beschäftigungsverhältnis geleistet werde, GS auf Abruf per "handy" bereit zu stehen hatte und im Falle des Anrufes jeweils eine Pizzazustellung durchzuführen hatte, sohin nicht die Herstellung eines Werkes, sondern ein fortduerndes Bemühen schuldete) erzielte rechtliche Ergebnis der belangten Behörde, welches im Einklang mit der ständigen hg. Judikatur steht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 25. Juni 2013, Zl. 2012/08/0237) kann die Behörde von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne ausgehen, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies auch bei der Tätigkeit eines Pizzazustellers der Fall ist), dies aber nur dann, wenn im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen.

Der Beschwerdeführer wendet solche atypischen Umstände im Wesentlichen mit dem Vorbringen ein, GS hätte sich vertreten lassen können. Damit lässt er die von der belangten Behörde zitierte Vertragsregelung, wonach GS im "Vertretungsfall (Krankheitsfall)" die Tatsache der Verhinderung mitzuteilen hatte und die vom Beschwerdeführer unbestritten gebliebene, festgestellte Praxis außer Acht, wonach GS im Falle, dass er eine Pizzazustellung nicht habe ausführen können, nicht eine Person genannt habe, die ihn vertrete, sondern der Beschwerdeführer selbst für eine Vertretung gesorgt habe (dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall grundlegend von dem dem genannten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Juni 2013, Zl. 2012/08/0237, zu Grunde liegenden Fall).

Schon deshalb kann von einer echten Möglichkeit der Vertretung oder der Beziehung von Gehilfen, wie sie der vom Beschwerdeführer zitierten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zugrunde lag, keine Rede sein.

Auch das Vorbringen, "die Argumentation der Verwaltungsstrafbehörde I. Instanz und der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid ist für den Beschuldigten völlig überraschend und widerspricht den Sozialversicherungs-Richtlinien des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger (E-MVB, Punkt 004- ASBC-Z-003), wonach Pizza-Zustelldienste als neue Selbstständige anzuerkennen sind", ist verfehlt. Denn der tatsächliche Inhalt lautet in Wahrheit völlig anders als der Beschwerdeführer behauptet:

"004-ABC-Z-003 Vollversicherung - ABC der Berufsgruppen - Zusteller Zustelldienste - Pizza-Service

Die Beurteilung der Pflichtversicherung hat immer an Hand der Prüfungsreihenfolge unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall zu erfolgen. Die Zuordnung einer Berufsgruppe zu einem Versicherungstatbestand ohne einer derartigen Beurteilung ist daher nicht möglich.

Grundsätzlich würde es sich bei diesen Zustelldiensten um Dienstnehmer oder Freie Dienstnehmer handeln. Als neue Selbstständige sind sie dann anzuerkennen, wenn es sich dabei ausschließlich um einen Zustelldienst handelt, der organisatorisch getrennt von der Pizzeria ist, der eigene PKW genutzt wird und auf eigene Kosten eine Warmhalteausstattung gekauft worden ist.

(Hauptverband 2.12.1999, Zl. 32-51.1/99 Ch/Bc)"

Damit ist auch diesem Vorbringen des Beschwerdeführers der Boden entzogen.

## Der Hinweis des Beschwerdeführers auf weitere

Botendiensttätigkeiten des GS für zwei andere Betriebe, kann im Hinblick darauf, dass diese Tätigkeiten erst längere Zeit nach dem gegenständlichen Tatzeitpunkt begonnen wurden, GS zum Tatzeitpunkt nicht werbend am Markt auftrat oder sonstwie unternehmerisch in Erscheinung trat, keinen Hinweis auf eine andere Wertung seiner Tätigkeit als die einer unselbständigen Beschäftigung ergeben.

Der Beschwerdeführer bringt noch vor, es sei die Tatzeit "besonders kurz gewesen", weil nur ein Tag angelastet worden sei. Damit liest er den Tatvorwurf unvollständig, denn aus diesem ergibt sich eine Beschäftigung des GS "seit 1.7.2011" bis zum Zeitpunkt der Feststellung "5.12.2011 um 18.40 Uhr", somit ein Zeitraum von mehr als fünf Monaten.

Auch die weiteren von der belangten Behörde aufgezeigten Merkmale - diesbezüglich wird auf den oben wiedergegebenen Teil der Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen - weisen in Richtung Verwendung unselbständiger Arbeitskräfte.

Der Beschwerdeführer behauptet sodann, es lägen "sämtliche Voraussetzungen für die Anwendung des § 21 VStG" vor. Auch dieses Vorbringen ist verfehlt:

Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass nur im Falle der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft der für die Erteilung einer Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zuständigen Behörde (der regionalen Geschäftsstelle des AMS), im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden könnte; 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 Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. Mai 2011, Zl. 2008/09/0145). Die Unterlassung der Einholung einer Auskunft im obigen Sinne liegt im typischen Fehlerbereich, der durch zumutbare und leicht zu verwirklichende Maßnahmen ausgeschaltet werden hätte können, weshalb den Beschwerdeführer ein (mehr als geringfügiges) Verschulden an dem objektiv verwirklichten Tatbestand der bewilligungslosen Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer trifft. Die Anwendung des § 21 VStG verbietet sich bereits aus diesem Grund (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. Oktober 2012, Zl. 2012/09/0134).

Da der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde hinsichtlich der Übertretung des AusIBG gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Die Entscheidung über die Beschwerde wegen

Übertretung des ASVG ergeht durch den hiefür zuständigen Senat des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 3. Oktober 2013

## European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2013090113.X00

## Im RIS seit

30.10.2013

## Zuletzt aktualisiert am

11.12.2013

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