

TE Lvg Erkenntnis 2017/2/22 VGW-041/058/14945/2016, VGW-041/V/58/15086/2016

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.02.2017

Entscheidungsdatum

22.02.2017

Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

60/01 Arbeitsvertragsrecht

Norm

ASVG §4 Abs2

AVRAG §7b Abs3

AVRAG §7b Abs8

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr. Koprivnikar über die Beschwerde des Herrn E. Ev. und der P. GmbH & Co KG, beide vertreten durch RA, vom 23.11.2016 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 18.10.2016, Zl. MBA ... - S 37563/16, wegen Übertretungen des AVRAG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30.1.2017, zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBI. I Nr. 33/2013 idFBGBI. I Nr. 24/2017 wird der Beschwerde im Hinblick auf die Arbeitnehmerin S. K. Folge gegeben, das Straferkenntnis diesbezüglich behoben und das Strafverfahren gem. § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt. Diesbezüglich entfällt der erstinstanzliche Verfahrenskostenbeitrag.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Erstbeschwerdeführer für dieses Verfahren keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

II. Hinsichtlich der übrigen Arbeitnehmer wird das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt und die Beschwerde abgewiesen, dass die Fassung der §§ 7b Abs. 3 iVm. § 7b Abs. 8 AVRAG BGBI. I Nr. 94/2014 lautet.

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Erstbeschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens der übrigen 9 Personen in Höhe von insgesamt € 1350,-- zu leisten. Die Höhe der Verfahrenskosten erster Instanz betragen gem. § 64 VStG € 675,--.

III. Die P. GmbH & Co KG (Zweitbeschwerdeführerin) haftet für die verhängten Strafen sowie die Verfahrenskosten sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gem. § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I.1. Mit Straferkenntnis vom 18.10.2016 wird dem persönlich haftendem Gesellschafter der P. GmbH & Co KG zur Last gelegt, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin gem. § 7b Abs. 1 AVRAG entgegen § 7b Abs. 1 AVRAG, wonach der Gesellschafter die Meldung der Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und dem AVRAG durchzuführen habe, die Beschäftigung 10 näher genannter Arbeitnehmer, die von 1.6.2016 bis 6.6.2016 zur Erbringung einer Arbeitslistung nach Österreich in Wien, D. („R.“) entsandt wurden, der Zentralen Koordinierungsstelle nicht spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme, das war der 25.5.2016, und somit nicht rechtzeitig gemeldet hat.

Dadurch habe der Beschuldigte § 7b Abs. 1 iVm. § 7b Abs. 8 Z 1 AVRAG iVm. § 9 VStG verletzt, weshalb gem. § 7b Abs. 8 erster Strafsatz AVRAG 10 Strafen in Höhe von jeweils € 750,-- verhängt und ein Verfahrenskostenbeitrag vorgeschrieben wurde. Die P. & Co KG hafte für die Strafen sowie die Verfahrenskosten.

2. Dagegen erhoben der Beschuldigte sowie die P. GmbH & Co KG als Haftungsverpflichtete rechtzeitig Beschwerde. Sie bringen vor, dass sie zwischen dem 2.6.2016 und 6.6.2016 Dienstleistungen in Wien am „R.“ erbracht hätten. Dafür würden „Mitarbeiter eingesetzt werden, die aus verschiedenen Gründen an kurzfristigen Dienstleistungen gegen Entgelt“ interessiert seien. Es handle sich dem überwiegenden Teil nach um Studenten, die für wenige Tage zur Verfügung stünden. Interesse an der Tätigkeit könne per E-Mail bekannt gegeben werden, bei einer entsprechenden Veranstaltung würden diese dann kontaktiert, mit „neuen“ Personen würden ein telefonisches „Bewerbungsgespräch“ geführt. Danach werde ein Bestätigungs-Mail mit Informationen zum Entgelt, Beginn und Zeitraum der Tätigkeit, sowie dem Treffpunkt. Beschäftigt würden überwiegend Personen für den Schankbetrieb, aber auch Logistiker, Teamleiter, Buchhalter und Lkw-Fahrer. Sehr häufig sei es der Fall, dass kurzfristig vor Beginn der Veranstaltung sich noch einige Änderungen ergeben, weil z.B. angemeldete Personen absagten. Aus diesem Grund sei es zweckmäßig, die entsprechenden Meldungen erst kurz vor der Veranstaltung zu erstatten. Frau Si. sei als Studentin kurzfristig „ad hoc“ beschäftigt worden. Ein Arbeitsverhältnis setze gewisse Merkmale voraus, nämlich persönliche Abhängigkeit, wirtschaftliche Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit, Eingebundenheit in den organisatorischen Betrieb und ein Dauerschuldverhältnis auf eine gewisse Zeitspanne und nicht nur auf wenige Tage wie im vorliegenden Fall. Der Vertrag mit Frau Si. sei als freier Dienstvertrag einzuordnen, allenfalls als Werkvertrag. Es liege keine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit vor. Das AVRAG sei daher nicht anwendbar. Überdies seien sie bereits bestraft worden, weil sie die Unterlagen nicht am Einsatzort aufliegen hätten lassen. Eine nochmalige Bestrafung wegen fehlender Unterlagen scheide aus, da Konsumtion vorliege. Die Strafhöhe sei überhöht.

3. Das Verwaltungsgericht Wien hat am 30.1.2017 gemeinsam mit den Beschwerden zu VGW-041/58/14946/2016, VGW-041/V/58/15087/2016, VGW-041/58/14949/2016 und VGW-041/V/58/15088/2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der die Beschwerdeführer, ihr Vertreter sowie eine Mitarbeiterin der FPO zunächst als Zeugin und danach als Parteienvertreterin teilnahmen. In der Verhandlung wurde der von den Beschwerdeführern beantragte Zeuge Herr M. vernommen.

3.1. Der Erstbeschwerdeführer gab Folgendes an:

„Ich bin Geschäftsführer der P. GmbH. Die Firma hat zwei Geschäftsbereiche: wir betreiben Getränkestände auf Festivals und wir vertreiben Tee. Meine Firma hat drei Lohnsteuerkanzleien: eine in München, eine in Salzburg und eine in Wien. Wir schließen Verträge mit Studenten im Hinblick auf deren Tätigkeit auf den Festivals. Die Anzahl der Leute, die wir brauchen, variiert stark und hängt zum Beispiel von der Anzahl der verkauften Karten oder der Veranstaltung ab. Wenn ich einschätzen kann, wie viele Leute ich brauche, schreibe ich ein Rundmail oder schalte eine Annonce auf der Seite St....at, die Leute melden sich dann und haben eine Art Vorstellungsgespräch in der Personalabteilung. Wenn alles passt, werden sie in unsere Kartei aufgenommen und müssen dann ein Personendatenblatt ausfüllen, damit wir alle notwendigen Unterlagen beisammen haben. Wenn alles passt, wird die betreffende Person zur Sozialversicherung angemeldet, etwa geringfügig. Kurzfristig können sich aber immer

Änderungen ergeben. Die Gesamtliste der Mitarbeiter wird dann vor Ort übermittelt, damit niemand unzulässiger Weise ein Einlassband erhält. Vor Ort gibt es noch eine dritte Kanzlei, die alle Unterlagen prüft, damit nicht unrichtig angemeldet wird.

Die Studenten zapfen zum Beispiel Getränke und werden in Schichten eingeteilt. Der Tresenleiter schult sie dabei ein, die Position auf dem Stand hängt davon ab, wie oft jemand schon für uns gearbeitet hat, danach bemisst sich zum Beispiel ob jemand Geld kassieren darf. Wir haben einen Wohnwagen, wo wir die Unterlagen aufbewahren. Auf einem Stundenblatt werden jeweils die geleisteten Stunden zusammengeschrieben. Nach Veranstaltungsende werden alle Stunden zusammen gerechnet und müssen die Leute dies dann unterschreiben, sie können auch Reisekosten geltend machen. In der Folge rechnet eine Kanzlei das alles zusammen, und überweist in der Folge das Entgeld. Der Tresenleiter teilt die Leute auf die Stände zu, je nachdem wie groß der Stand ist, braucht man eine unterschiedliche Anzahl an Leuten. In weiterer Folge teilt der Tresenleiter auch die Schichten ein. Herr M. ist nicht dieser Tresenleiter, er ist mehr der Veranstaltungsleiter, der vor Ort im Wohnwagen ist. Er macht die ganze Vorplanung vor dem Event. Er arbeitet seit über 10 Jahren auf Projektbasis für meine Firma, jeweils ungefähr ein Monat Plus Nacharbeit. Er erledigt die Getränkebestellungen, sorgt dafür, dass alles gepackt ist, führt die Personallisten und macht die gesamte interne Vorbereitung. Früher gab es einen schriftlichen Rahmenvertrag. Er hat eine eigene Firma und legt Rechnungen. Ich weiß, dass er noch für zwei andere Firmen arbeitet etwa die Firma Mu. und er schreibt Texte für Webseiten, wenn er nicht bei mir tätig ist. Herr M. ist der Organisator des ganzen Events, weil er die ganzen organisatorischen Tätigkeiten für uns übernimmt, wir kümmern uns nur um das Personal. Die Brauerei etwa wird schon vom Veranstalter vorgegeben. Eis betrifft nur das Eis für die Getränke, kein Speiseeis. Die letzten drei Jahre hatten wir einen Kooperationspartner, wo wir dieses Eis bestellt haben. Auf der Bestellung und der Rechnung dieses Eises steht die Firma P., weil ich diese Rechnungen bezahle. Hinsichtlich des Bieres liefert dieses der Veranstalter in Fässern, diesbezüglich haben wir keine Rechnungen. Wenn Herr M. keine Zeit hat, erledige ich Dinge selber: etwa hat letztes Jahr das R. gleichzeitig mit Ro. stattgefunden, zuletzt genannte Veranstaltung bin ich dann selbst gefahren. Ich kann mich nicht erinnern, dass Herr M. einmal schlecht gearbeitet hätte, etwa zu wenig Eis bestellt. Wenn etwas ganz schief laufen würde, würde ich die geschäftliche Beziehung zu ihm beenden. Hinsichtlich des Umsatzes erhält meine Firma Prozente, von dieser muss ich mein Personal bezahlen. Herr M. hat keine Umsatzbeteiligung, sondern einen fixen Betrag, den wir uns vorher ausgemacht haben. Dieser Betrag wird zwischen uns verhandelt. Im Wohnwagen gibt es ein Buchhaltungsteam, das organisiert, was jeder vor Ort machen soll, es finden auch tägliche Kontrollen statt, etwa im Hinblick auf den Umsatz. Die Kleidung soll meistens warm und praktisch sein, manchmal gibt es aber auch Vorgaben bezüglich der Kleidung: z.B: Schwarz, außerdem gibt es manchmal Dienstkleidung. Der Fahrer fährt mit dem LKW - der Logistiker organisiert vor Ort alles, was nicht mit den Kunden zu tun hat. Etwa das es genug Getränke gibt oder Fässer. Es gibt angestellte Logistiker und selbstständige Logistiker, die letztgenannten erhalten einen bestimmten Stand zugewiesen. Es gibt täglich mehrmals Kontrollen der Buchhaltung sowie Anweisungen per Funk, wo gerade erhöhter Bedarf nach Getränken oder Personal vorhanden ist, weil beispielsweise ein besonders beliebtes Konzert stattfindet. Darauf muss man dann reagieren.

Wenn ich gefragt werde, ob die ZKO 3 Meldungen die für Dienstnehmer ausgestellt wurden, falsch waren, so gebe ich an, dass eine falsch war, weil eine Dienstnehmerin nicht auf dem Event in Wien tätig war. Alle anderen ZKO 3 Meldungen waren richtig. Über Vorhalt der Auszüge aus dem Internet gebe ich an, dass diese von meiner Firma sind. Wenn mir die AS 71 vorgehalten wird, so gebe ich an, dass es mitunter vorkommen kann, dass Logistiker auch bei der Bar aushelfen, wenn es zum Beispiel Probleme mit der Zapfanlage gibt oder wenn Fässer bewegt werden müssen. Das Equipment stellt die Firma P. oder der Veranstalter zu Verfügung, der Logistiker muss selbst nichts mitbringen.

Ich bin der Meinung, dass wir alle Unterlagen im Wohnwagen vor Ort aufbewahrt haben, einzelne Dokumente waren auf einem Laptop gespeichert und einzelne Dokumente wie etwa die Stundenzettel waren in Papierform vor Ort. Herr M. war im Wohnwagen und wurde jedoch nie konkret aufgefordert, etwas herzuzeigen.

Auf das Telefonat vor Ort angesprochen, gebe ich an, dass ich davon nichts weiß.“

3.2. Die Zeugin der FPO gab Folgendes an:

„Ich kann mich an die Kontrolle noch erinnern. Wir kontrollieren diese Festivals jedes Jahr und sehen wir uns bereits im Vorfeld an, welche Meldungen es gibt und welche Personen vor Ort seien sollen. Ich habe zunächst mit Frau Si. gesprochen und dann mit dem Teamleiter telefoniert und ihn auf die fehlenden Unterlagen angesprochen. Ich habe

das explizit gemacht. Vor Ort gab es aber nur die ZKO 3 Meldungen und die A1 Formulare. Ich habe später nochmals mit ihm persönlich gesprochen, weil ich Herrn M. im Container vom G. angetroffen habe. Auch dort hat er mir gesagt, dass es keine weiteren Unterlagen gibt. Ich habe daher in der Folge das E-Mail mit der Aufforderung an die Firma verschickt. In dem Container gab es versperrbare Möglichkeiten zum Aufbewahren von Unterlagen. Ich habe nicht alle 10 Personen, hinsichtlich derer die ich Anzeigen gelegt habe, persönlich angetroffen. Das Gelände ist viel zu groß. Änderungsanzeige wurde keine erstattet. Es ist richtig, dass ich in bestimmte Unterlagen vor Ort auf einem Laptop Einsicht nehmen konnte: das waren die ZKO 3 Meldungen und die A1 Meldungen. Herr M. hat sich als Teamleiter vor Ort ausgewiesen. Er hat nicht gesagt, dass er selbstständig arbeitet oder für eine andere Firma. Ich verweise darauf, dass es auch für ihn eine Entsendemeldung gibt. Einen anderen Teamleiter für die Firma P. gab es vor Ort nicht.“

3.3. Der Zeuge M. gab Folgendes an:

„Ich habe 2001 auf einem Festival das erste Mal für den BF gearbeitet. In der Folge habe ich mich auf die Festeplanung verlegt und organisiere mit dem BF diverse Festivals. Ich mache die Vorplanung, die Logistik und die Bestellung, und das seit ca. 8 Jahren. Im Übrigen bin ich dann auch vor Ort als Teamleiter tätig: ich überwache das alles vor Ort funktioniert und jeder der für uns tätig ist, weiß was er zu tun hat. Das bedeutet, dass ich vor Ort Anweisungen an das Personal erteile, wobei ich dabei nicht alleine bin, ich habe dafür Unterstützung etwa von der Buchhaltung oder von einem, Logistikleiter. Außerdem gibt es bei jedem Stand einen Standleiter und bei mir läuft dann alles zusammen. Ich habe mit dem BF jedes Jahr eine Pauschalvereinbarung für die Festivalsaison, weil ich einmal mehr und einmal weniger arbeite und das sonst Abrechnungstechnisch schwierig wäre. Die Saison dauert etwa von Mai bis August, letztes Jahr war sie nur kurz, ich glaube es war nur im Juni, genau habe ich es nicht im Kopf, aber wir hatten wieder eine Pauschalvereinbarung. Es gibt nur eine mündliche Vereinbarung zwischen uns, ich übernehme die Planung, wobei sich da immer wieder etwas ändern kann, weil auch Sachen dazu kommen können. Konkret weiß ich aufgrund meiner langjährigen Erfahrung vor Ort was ich zu machen habe. Es kann aber auch vorkommen, dass ich Rücksprache mit dem BF halte. Die Stundenaufzeichnungen werden bei den Bars gemacht und täglich eingetragen. Ich kann mich an die Kontrolle noch erinnern. Eine Dame, die ich vorher nicht kannte, hat diese durchgeführt und Unterlagen von uns verlangt. Ich kann mich erinnern, dass vom Dienstvertrag und vom Kollektivvertrag die Rede war. Ich habe ihr erklärt, wie die Einstellung bei uns abläuft und dass wir solche Unterlagen per E-Mail übermitteln könnten. Am Schluss erhalten alle Dienstnehmer einen Auszahlungszettel mit den gearbeiteten Stunden, mit dem Bruttolohn. Die Stundenzahl weiß man ja vorher gar nicht. Diese Dame ist aber daraufhin nicht mit mir in Kontakt getreten. Ich hatte bereits zuvor Prüfungen im Hinblick auf die erforderlichen Dokumente und war das bislang kein Problem. Ich hätte der Dame die Arbeitszeitaufzeichnungen zeigen können, ich hatte aber den Eindruck, dass sie diese nicht weiter interessieren würde, es ging vor allem, um den Dienstvertrag. Die Arbeitszeitaufzeichnungen hätte ich von den Ständen holen können. Ich überlege, ob die Rede davon war, dass sie sich nochmal bei mir melden wollte, ich weiß es aber nicht mehr. Ich habe von ihr kein E-Mail bekommen und auch nicht angerufen.“

Ich kann keine Auskunft dazu geben, wie die Abrechnung mit den beschäftigten Personen erfolgt ist, weil das das Büro macht. Ich kann auch nicht mehr konkret zu allen Personen auf der Liste sagen, ob sie genau auf dem Festival in Wien gearbeitet haben, weil die meisten Personen öfters für uns tätig sind. Ich weiß allerdings noch, dass Frau S. K. nicht in Wien tätig war.

Wir hatten vor Ort einen Wohnwagen.“

3.4. Der Beschwerdeführer gab weiters an:

„Die Verträge für letztes Jahr für R. habe ich ca. im Mai bekommen.“

Hinsichtlich der Anmeldung der Beschäftigten habe ich mich auf die Buchhaltung verlassen.“

3.5. Die Parteien verzichteten auf die Verkündung der Entscheidung.

4. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

4.1. Die im Beschwerdefall anzuwendende Rechtslage (vgl. § 19 Abs. 1 Z 38 AVRAG idF BGBl. I Nr. 44/2016) des AVRAG idF BGBl. I Nr. 94/2014 und BGBl. I Nr. 113/2015 stellt sich dar wie folgt:

§ 7b AVRAG lautete auszugsweise wie folgt:

„§ 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der

Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);

2. bezahlten Urlaub nach § 2 Urlaubsgesetz, sofern das Urlaubsmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser/diese Arbeitnehmer/in den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm/ihr nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer/innen, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;

die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen; ...

(1a) Eine Entsendung liegt nicht vor, wenn der/die Arbeitnehmer/in eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin nach Abs. 1 im Zusammenhang mit folgenden kurzfristigen Arbeiten von geringem Umfang in Österreich beschäftigt wird und kein Dienstleistungsvertrag mit einem/einer inländischen Dienstleistungsempfänger/in geschlossen wurde:

1. geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen, oder

2. Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen, oder

3. Messen und messeähnliche Veranstaltungen im Sinne des § 17 Abs. 3 bis 6 ARG, mit der Maßgabe, dass die Untergrenze des § 17 Abs. 4 ARG nicht gilt, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der Ausstellungseinrichtungen und An- und Ablieferung des Messegutes), oder

4. Besuch von und Teilnahme an Kongressen, oder

5. kulturelle Veranstaltungen, die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt (zukommen), soweit der/die Arbeitnehmer/in seine/ihre Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat, oder

6. Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen (Internationale Meisterschaften) im Sinne des § 3 Z 6 BSFG 2013, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der im Zusammenhang mit der Veranstaltung stehenden Einrichtungen) sowie Verabreichung von Speisen und Ausschank von Getränken im Rahmen der Veranstaltung. ...

(3) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und dem/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt wird, diesem/dieser, die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. In Katastrophenfällen, bei unaufziehbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), und sofern es sich um Bautätigkeiten handelt, der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse elektronisch zu übermitteln. ...

(8) Wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder ... begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Bei grenzüberschreitender Entsendung gilt die

Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatzorten) am Ort der Kontrolle.“

§ 7d Abs. 1 AVRAG lautete wie folgt:

„§ 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.“

§ 7f Abs. 1 lautete wie folgt:

„§ 7f. (1) Die Organe der Abgabenbehörden sind berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach §§ 7b Abs. 5 und 7d zu überwachen sowie die zur Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Entgelts im Sinne des § 7i Abs. 5 erforderlichen Erhebungen durchzuführen und ...

3. in die zur Erhebung erforderlichen Unterlagen (§§ 7b Abs. 5 und 7d) Einsicht zu nehmen, Abschriften dieser Unterlagen anzufertigen und die Übermittlung von Unterlagen zu fordern, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Erfolgt bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten die Kontrolle nicht am ersten Arbeits(Einsatz)ort, sind die Unterlagen der Abgabenbehörde nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.“

§ 7i Abs. 1 und 4 lauteten wie folgt:

„§ 7i. (1) Wer die erforderlichen Unterlagen entgegen § 7d Abs. 1 oder § 7f Abs. 1 Z 3 nicht übermittelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer entgegen § 7g Abs. 2 oder § 7h Abs. 2 die Unterlagen nicht übermittelt. ...

(4) Wer als

1. Arbeitgeber/in im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 entgegen § 7d die Lohnunterlagen nicht bereithält, ...

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit einer Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall von 4 000 Euro bis 50 000 Euro zu bestrafen.“

4.2. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die zweitbeschwerdeführende P. GmbH & Co KG betreibt nach Aussage des Erstbeschwerdeführers u.a. Getränkestände auf Festivals. Geschäftsführer dieser Firma ist nach eigenen Angaben der Erstbeschwerdeführer. Dieser ist daher gem. § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Sitz der Firma ist in Deutschland.

Von 1.6.2016 bis 6.6.2016 betrieb die P. GmbH & Co KG Getränkestände auf der D. im Zusammenhang mit dem Festival „R.“. Das Festival fand von 3.6.2016 bis 5.6.2016 statt. Die Verträge zu dieser Durchführung hat die P. GmbH & Co KG nach der Aussage des Erstbeschwerdeführers in der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Mai 2016 erhalten.

Im Zusammenhang mit diesem Betrieb bzw. dessen Auf- und Abbau erstattete die P. GmbH & Co KG am 31.5.2016 10 ZKO-3 Meldungen bezüglich folgender Personen und für folgende Tätigkeiten: Hr. De., Hr. Me., Hr. Z. (jeweils als

Logistiker); Fr. Gr. und Fr. K. jeweils als Assistenz Buchhaltung; Hr. Ko., Fr. Mer., Hr. Sc. und Fr. Si. jeweils als Barmitarbeiter sowie Hr. M. als Teamleiter vor Ort.

Festgestellt wird aufgrund dieser ZKO-3 Meldungen daher, dass Hr. De., Hr. Me., Hr. Z. für die deutsche P. GmbH & Co KG jeweils als Logistiker beschäftigt wurden; Fr. Gr. und Fr. K. jeweils als Assistenz Buchhaltung, Hr. Ko., Fr. Mer., Hr. Sc. und Fr. Si. jeweils als Barmitarbeiter sowie Hr. M. als Teamleiter vor Ort.

Als Beginn des „Dienstverhältnisses“ wurde jeweils der 31.5.2016 angegeben. Die Arbeitszeit betrug nach den ZKO-3 Meldungen täglich 9 Stunden und zwar von 13.00 Uhr bis 22 Uhr. Die Dauer der Entsendung wird aufgrund der ZKO-3 Meldungen, deren Richtigkeit der Erstbeschwerdeführer mit Ausnahme jener der Frau K. in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigte, mit 1.6.2016 bis 6.6.2016 festgestellt.

Als inländische Auftraggeberin fungierte nach den ZKO-3 Meldungen die G. GmbH & Co KG mit Sitz in Wien.

Insgesamt wurden von diesen 10 Personen 9 Personen von Deutschland nach Österreich tatsächlich zur Arbeitsleistung entsandt und haben in Österreich Arbeitsleistungen erbracht: Hr. De., Hr. Me., Hr. Z., Fr. Gr., Hr. Ko., Fr. Mer., Hr. Sc. und Fr. Si.. Für Fr. K. wurde zwar eine ZKO-3 Meldung ausgestellt, sie war jedoch nach ihrer eigenen eidesstättigen Erklärung, die mit der Aktenlage und dem Vorbringen der Beschwerdeführer im Einklang steht, zu diesem Zeitpunkt in Deutschland für die Zweitbeschwerdeführerin tätig und nicht in Österreich.

Am 4.6.2016 fand eine Kontrolle durch die Finanzpolizei auf der D. statt, bei der Frau L. als Kontrollorgan teilnahm.

Aufgrund der glaubhaften Aussage von Frau L. steht fest, dass Frau L. vor Ort nur die ZKO-3 Meldungen und die A1 Meldungen auf dem Laptop einsehen konnte, andere Unterlagen waren nicht vor Ort. Weiters steht aufgrund der glaubhaften Aussage von Frau L. fest, dass sie mit Herrn M. telefoniert und ihn explizit auf die fehlenden Lohnunterlagen angesprochen hat. Die gegenteiligen Aussagen des Herrn M. waren nicht glaubhaft und vor dem Hintergrund der Zusammenarbeit des Herrn M. mit den Beschwerdeführern erkennbar aus dem Grund getätig, den Erstbeschwerdeführer nicht zu belasten.

Aufgrund der übereinstimmenden Aussagen der Zeugen und des Erstbeschwerdeführers steht fest, dass es auf der D. für die P. GmbH & Co KG einen versperrbaren Wohnwagen gab.

Arbeitszeitaufzeichnungen für die beschäftigten Personen wurden nach den übereinstimmenden Aussagen des Erstbeschwerdeführers und des Zeugen M. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung geführt, jedoch nach der unbedenklichen Aktenlage zu keinem Zeitpunkt vorgelegt.

Nach dem Akteninhalt (AS 14) steht fest, dass Frau L. am 4.6.2016 an die E-Mailadresse „p....com“ ein E-Mail schickte. Darin wurde ausgeführt, dass bei der Kontrolle am 4.6.2016 auf der D. keine Lohnunterlagen auflagen, weshalb ersucht wurde, bis 7.6.2016, 12 Uhr, nachfolgende Unterlagen an die E-Mail-Adresse su.-l@bmf.gv.at zu senden: Dienstvertrag zwischen Unternehmen und entsandter Person, tatsächlich geleistete Arbeitsstunden in Form von Arbeitsstundenaufzeichnungen, Lohnzettel, sonstige Lohnaufzeichnungen, Lohnauszahlungsnachweis, Unterlagen betreffend der Lohneinstufung sofern diese nicht in vorab angeführten und übersendeten Unterlagen ableitbar ist.

Auf dieses E-Mail antwortete am 6.6.2016 Frau Kl. von der Kr. Salzburg OG. Sie gab an, die P. GmbH & Co KG in Österreich zu vertreten. Die Firma habe keinen Firmensitz, weshalb „kein Kollektivvertrag gültig“ sei. Nach dem E-Mail gibt es keine Dienstverträge. Die Mitarbeiter erhalten eine Bestätigung und Zusammenfassung der Vereinbarungen in Form einen Dienstzettels. Es gibt keine Lohneinstufung, da kein Kollektivvertrag vorhanden ist. Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen, Lohnzettel und Lohnzahlungsnachweis könnten frühestens am 17.6.2016 erbracht werden. Das von Frau L. gesendete E-Mail war beigeschlossen.

In der Folge wurden nach dem unbedenklichen Akteninhalt keine Unterlagen übermittelt.

Erst aufgrund der Aufforderung zur Rechtfertigung der belangten Behörde vom 9.8.2016 erfolgte mit E-Mail vom 30.8.2016 (AS 49) die Übermittlung folgender Unterlagen: Überweisungsbestätigungen des Gehaltes betreffend die Personen Mer., Si., Gr., Ko. (AS 50). Eine Zahlung von € 450,-- an Herrn De. am 30.6.2016 „Ort: Freising Lager“ (AS 51). Eine SEPA Überweisung an Herrn M. in Höhe von € 30,00 mit Verwendungszweck „Lohn/Gehalt Juni 2016“ (AS 52), eine SEPA –Online Überweisung an Herrn Z. in Höhe von € 1.453,10 (AS 53) sowie damit zusammenhängend eine Rechnung von Herrn Z. über diesen Betrag (AS 54) und eine Gewerbeanmeldung als „Produktionshelfer zur Herstellung und [V]erpacken von Matten, Messe- und Eventbetreuung, Reinigungsarbeiten, Einbau genormter Baufertigteile“ (AS 55),

eine Überweisung an Herrn Me. in Höhe von € 450,-- samt Rechnung über diese Summe und Gewerbeanmeldung über „Produktwerbung, Telefondienst, Auf- und Abbau von Möbeln, Verkäufer, Bauhelfer, Hausmeisterdienste, Mietkellner, Messebau, Bühnenbau für verschiedene Dritte“ (AS 58 -60), eine Überweisung an Herrn Sc. über € 1.150,-- , eine Rechnung für „Barlogistik“ in Höhe von € 450,-- für R. und € 700,-- für N. in Höhe von € 700,-- sowie eine Gewerbeanmeldung für „Produktwerbung, Mietkellner, Bar- und Küchenhilfetätigkeiten für verschiedene Dritte“ (AS 61-64). Weiters gibt es „Bestätigungsmaile“ an Herrn Ko., Frau Mer. und Frau Si..

Aus dem E-Mail vom 24.5.2016 von der Adresse p....com an Frau Si. (AS 57) steht Folgendes fest: Sie war erst auf Grund dieses E-Mails „definitiv“ für die Veranstaltung „R.“ bestätigt. Sie sollte sich zurückmelden, falls sie nicht teilnehmen konnte. Sie musste bei ihrer Anmeldung auf der D. sagen, dass sie für P. GmbH & Co KG arbeitet. Es gab einen fixen Treffpunkt. Die Bezahlung betrug € 8,50 pro Stunde. Weiters wurde ersucht, Bekleidung in schwarz mitzunehmen, um eine „einheitliches Erscheinungsbild“ zu gewährleisten. „Teilweise“ gab es auch wieder Mitarbeitershirts, bereits erhaltene P.-Shirts mussten wieder mitgebracht werden. Die übrigen beiden E-Mails an Herrn Ko. und Frau Mer. sind gleichlautend (AS 55 und 56). Herr Sc. hat eine Gewerbeanmeldung als „Mietkellner“ (AS 54 verso), für ihn gibt es kein solches E-Mail.

Aufgrund des E-Mails von Herrn M. an Herrn Z. steht fest, dass der „Tagessatz“ € 120,-- brutto betrug. Der 1.6.2016 wurde als ganzer Tag gezählt, der Abreisetag (6.6.2016) wurde als halber Tag gezählt, es „ergeben sich daraus 5,5, Arbeitstag also 660€ brutto“. Ansprechpartner war Herr M.. Falls zwischendurch einige Stunden Aushilfe an einer Bar nötig werden, wurde dies nicht extra verrechnet. Benzingeld wurde für den Fahrer nach Verbrauch verrechnet und mit dem Lohn überwiesen (AS 71-72).

Darüber hinaus gibt es eine Abrechnung der Bezüge in Höhe von € 450,00 an Herrn De. (AS 73), an Frau Gr. in Höhe von € 520,-- mit „Std. lohn kurzfristig“ (AS 74), an Herrn Ko. „Fahrgeld pausch.verst.“ sowie „Std.lohn 1 kurzfristig und 2 kurzfristig“ in Höhe von insgesamt € 780,24 (AS 75), an Herrn M. Std.lohn kurzfristig in Höhe von € 30,-- (AS 77), an Frau Mer. in Höhe von € 360,51 (AS 77) sowie Frau Si. in Höhe von € 265,31 (AS 78).

Weitere Unterlagen wie etwa Arbeitszeitaufzeichnungen oder Unterlagen zur Lohneinstufung wurden nach der unbedenklichen Aktenlage nicht übermittelt.

Die P. GmbH & Co KG betreibt eine website (www.p....com), auf dieser kann man sich für „Jobs“ bewerben. Mitzubringen von den Beschäftigten ist u.a. Kleidung, „was zum Übernachten“, Verpflegung, Ohropax. Nach der website besteht das Team einer Bar aus einem Schichtleiter und 2-8 Barkeepern.

Aufgrund der Aussage des Erstbeschwerdeführers steht fest, dass, sofern die P. GmbH & Co KG Personen sucht, dazu eine Stelleanzeige geschaltet wird. Nach einem Vorstellungsgespräch werden Personen in eine Kartei aufgenommen und müssen ein Personendatenblatt ausfüllen. Die Beschäftigten zapfen dann z.B. vor Ort Getränke und werden in Schichten eingeteilt. Der Tresenleiter schult die Personen ein, die Position hängt davon ab, ob jemand schon für die P. GmbH & Co KG gearbeitet hat oder nicht. Danach richtet sich auch, ob jemand Geld kassieren darf. Es gibt einen Wohnwagen, wo Unterlagen aufbewahrt werden. Auf einem Stundenblatt werden jeweils die geleisteten Stunden zusammen geschrieben.

Aufgrund der übereinstimmenden Aussagen des Erstbeschwerdeführers und des Zeugen M. steht fest, dass Herr M. der Veranstaltungsleiter vor Ort ist, er erledigt die Vorplanung seit 10 Jahren. Er kümmert sich um die Getränkebestellungen, führt die Personallisten, sorgt dafür, dass alles gepackt ist und macht die interne Vorbereitung. Früher gab es einen schriftlichen Rahmenvertrag. 2016 gab es eine mündliche Vereinbarung. Herr M. arbeitet noch für eine andere Firma sowie eine weitere, wenn er nicht für die P. GmbH & Co KG tätig ist. Er bestellt auch das Eis für die Getränke, wobei auf der Bestellung und der Rechnung die P. GmbH & Co KG steht, weil der Erstbeschwerdeführer die Rechnung bezahlt. Sofern Herr M. keine Zeit hat, erledigt der Erstbeschwerdeführer diese Dinge selbst, etwa wenn zwei Festivals gleichzeitig stattfinden. Bei schlechter Leistung durch Herrn M. würde die geschäftliche Beziehung beendet werden. Er erhält keine Prozente vom Umsatz, sondern einen fixen Betrag, der vorher ausgemacht worden ist. Er erteilt Weisungen vor Ort und wird dabei von der Buchhaltung oder einem Logistikleiter unterstützt. Es gibt eine Pauschalvereinbarung mit dem Erstbeschwerdeführer für die Festivalsaison. Herr M. hält Rücksprache mit dem Erstbeschwerdeführer. Er erhielt dafür auch ein monatliches Entgelt (siehe AS 76 für Juni 2016). Aufgrund der ZKO-3 Meldung der P. GmbH & Co KG im Hinblick auf Herrn M. steht fest, dass dieser die von der P. GmbH & Co KG

beauftragte Person ist, die gegenüber den entsandten Arbeitnehmern weisungsberechtigt ist.

Hinsichtlich der Kleidung gibt es für die Beschäftigen manchmal Vorgaben, manchmal gibt es auch Dienstkleidung. Das Equipment stellt die P. GmbH & Co KG oder der Veranstalter zur Verfügung, der Logistiker muss nichts mitbringen. Logistiker helfen auch bei der Bar aus.

Ein generelles Vertretungsrecht der beschäftigten Personen wurde nicht behauptet und konnte aufgrund der gemachten Aussagen auch nicht festgestellt werden.

4.3. Beweiswürdigung

Diese Feststellungen gründen sich jeweils auf den unbedenklichen Akteninhalt sowie auf die glaubhaften und übereinstimmenden Aussagen des Erstbeschwerdeführers sowie der Zeugen L. und M. und die eidesstätige Erklärung der Frau S. K., die in Übereinstimmung mit der sonstigen Aktenlage steht.

Soweit die Angaben der Zeugen L. und M. bezüglich der Arbeitszeitaufzeichnungen auseinander gehen wird den Ausführungen der Zeugin L. gefolgt. Diese machte bei ihrer Zeugenaussage einen kompetenten und an der Wahrheitsfindung interessierten Eindruck und erzählte lebensnah, dass ihr trotz ausdrücklicher Aufforderung keine weiteren Unterlagen ausgefolgt wurden. Weshalb die Zeugin L. die Einsichtnahme in die Arbeitszeitaufzeichnungen vor Ort ablehnen und dann am selben Tag ein E-Mail mit der Aufforderung zur Übermittlung dieser Unterlagen schreiben sollte, ist ansonsten nicht erklärbar. Die Salzburger Steuerberatungskanzlei wiederum teilte mit, diese Unterlagen frühestens am 17.6.2016 übermitteln zu können, bislang wurden jedoch keine übermittelt.

4.4. Rechtliche Beurteilung:

4.4.1. Zur Arbeitnehmereigenschaft der entsandten Personen:

Die Beschwerdeführer bestreiten zunächst, dass es sich bei den von der Zweitbeschwerdeführerin nach Österreich entsandten Personen um Arbeitnehmer gehandelt hätte. Vielmehr lägen Werkverträge allenfalls freie Dienstverträge vor, sodass das AVRAG nicht anwendbar sei. Es handle sich um kurze Dienstverträge von Studenten bzw. Personen mit Gewerbeschein.

Der Umstand, dass eine Person ein freies Gewerbe angemeldet hat, ist für die Beurteilung des jeweiligen Verhältnisses nach seinem wahren wirtschaftlichen Gehalt gem. § 7j Abs. 10 AVRAG nicht maßgeblich (siehe zur Rechtslage nach dem AuslBG VwGH vom 3.11.2004, Zl. 2001/18/0129 und vom 23.11.2005, Zl. 2004/09/0168). Die Frage, ob jemand in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis tätig geworden ist, ist nämlich unabhängig von der Frage zu lösen, ob dieser Inhaber eines Gewerbescheines ist oder nicht. Gleichermaßen gilt etwa auch für die Versicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Diese Versicherung spricht ebenso wenig wie die Gewerbeanmeldung gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, weil es entscheidend auf die Erbringung von Dienstleistungen in persönlicher (wirtschaftlicher) Abhängigkeit ankommt und nicht darauf, ob der Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rechtsfolgen eines Arbeitsvertrages (z.B. Beachtung von Arbeitnehmerschutzvorschriften) vermeiden wollen (siehe VwGH vom 23.10.2001, Zl. 2000/11/0243).

Die Tatsache, dass einige Personen Gewerbescheine gelöst haben, spricht somit für sich allein nicht für eine selbständige Tätigkeit, wobei bereits der jeweilige Wortlaut der Gewerbeanmeldung eine unselbständige Tätigkeit indiziert (vgl. „Mietkellner“).

Wer "Arbeitgeber" bzw. "Arbeitnehmer" iSd AVRAG ist, wird in diesem Gesetz nicht eigens definiert.

Gemäß § 1 Abs. 1 AVRAG gilt dieses Gesetz für "Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen". Neben der Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen wird mit dieser Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass der persönliche Geltungsbereich des AVRAG insofern mit der Vertragstheorie korrespondiert, als für die Anwendbarkeit des Gesetzes die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgebereigenschaft iSd. Arbeitsvertragsrechts zu prüfen ist (vgl. Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2011), § 1 AVRAG Rz 2; Binder, AVRAG 2. Auflage (2010), § 1, Rz 4). Als Arbeitnehmer ist somit zu qualifizieren, wer sich auf Grund eines Arbeitsvertrags einem anderen zur Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (§ 1151 ABGB). Arbeitgeber (als Gegenstück zum Arbeitnehmer) ist damit jene Person, der sich der Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitsvertrags auf gewisse Zeit zur Dienstleistung verpflichtet hat (vgl. zum Arbeitgeberbegriff auch den Beschluss des OGH vom 2. Juni 2009, 9 ObA 43/09b und die dort zitierte Literatur; weiter VwGH 8.9.2016, Ra 2014/11/0083).

Nach der Rechtsprechung des VwGH gelten die Begriffe des Dienstgebers und Dienstnehmers im Sinn des ASVG für jeden Lebensbereich, in dem entgeltliche Dienste in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit geleistet werden (vgl. VwGH 24.2.2016, Ro 2016/08/0002; 5.7.2016, Ra 2015/08/0129).

Es kann daher zur Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes bzw. des Begriffes der „persönlichen Abhängigkeit“ auf die Judikatur des VwGH zum Sozialversicherungsrecht zurückgegriffen werden:

Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 21.2.2001, Zl. 96/08/0028).

Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG und damit eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach der genannten Bestimmung nicht vor. Persönliche Arbeitspflicht ist (u.a.) dann nicht gegeben, wenn demjenigen, dessen Leistungserbringung zu beurteilen ist, eine generelle Vertretungsbefugnis bei Erbringung dieser Leistung eingeräumt ist. Von einer generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Beschäftigte berechtigt ist, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung stellt die bloße Befugnis dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubes, oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloße wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (vgl. VwGH 25.5.2011, Zl. 2010/08/0025, mwN).

Die Beantwortung der Frage, ob bei Erfüllung einer übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlichen Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares - davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (zum Beispiel auf Grund eines freien Dienstvertrages iSd § 4 Abs. 4 ASVG) - nur beschränkt ist (vgl. VwGH 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12.325/A).

Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit (zum Werdegang der Bestimmungen betreffend Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 2 ASVG und freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 4 ASVG in der am 1. Jänner 2001 in Kraft getretenen Fassung der 58. Novelle zum ASVG, BGBl. I Nr. 99/2001, vgl. VwGH 24.1.2006, Zl. 2004/08/0101) sind nur die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie zum Beispiel die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterschiedungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterschiedungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgelteleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgebender Bedeutung sein (vgl. VwGH 16.3.2011, Zl. 2008/08/0153, mwN).

Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dienstverhältnis in persönlicher Abhängigkeit vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt. Ebenso steht die Gewährung eines leistungsbezogenen

Entgeltes einem solchen Dienstverhältnis nicht entgegen. Die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Tätigkeit kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch dann vorliegen, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Vereinbarung oder der Betriebsübung oder der Art seiner Beschäftigung Beginn und Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen kann. Findet eine allfällige Ungebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitszeit ihre Grenze in der unterschiedlichen Dringlichkeit der zu besorgenden Angelegenheiten und den betrieblichen Erfordernissen, sodass die Arbeitserbringung letztlich doch im Kern an den Bedürfnissen des Dienstgebers orientiert sein muss, so spricht dies für ein Verhältnis persönlicher Abhängigkeit (vgl. VwGH 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129, mwN).

Bei Beschäftigten, die ihre Tätigkeit disloziert, d.h. in Abwesenheit des Dienstgebers oder des von ihm Beauftragten außerhalb einer Betriebsorganisation ausüben, stellt sich die Frage der Weisungsgebundenheit im Hinblick auf das arbeitsbezogene Verhalten in anderer Weise als bei einer Einbindung in eine Betriebsorganisation. Im ersten Fall wird das Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses in der Regel durch eine über die bloß sachliche Kontrolle des Ergebnisses einer Tätigkeit hinausgehende, die persönliche Bestimmungsfreiheit einschränkende Kontrollmöglichkeit bzw. durch (auf das Ergebnis derartiger Kontrollen aufbauende) persönliche Weisungen dokumentiert (vgl. VwGH 4.6.2008, Zl. 2004/08/0190 und Zl. 2007/08/0252; 2.5.2012, Zl. 2010/08/0083; 11.7.2012, Zl. 2010/08/0204 und 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256), während die Einbindung eines Dienstnehmers in eine Betriebsorganisation in der Regel zur Folge hat, dass dieser den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit nicht jederzeit selbst regeln oder ändern kann.

Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis wird hier oft weniger durch die ausdrückliche Erteilung von persönlichen Weisungen als vielmehr durch die "stille Autorität" des Arbeitgebers indiziert sein (vgl. VwGH 19. 12.2012 Zl. 2012/08/0224, mwN).

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer solchen Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. VwGH 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag weiters grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar macht und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse dient. Der Vertrag hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese müsste durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden. Solche Abweichungen werden naturgemäß umso weniger manifest sein, in je geringerem zeitlichen Ausmaß der Beschäftigte tätig ist (vgl. VwGH 16.3.2011, Zl. 2007/08/0153, und 17.10.2012, Zl. 2010/08/0256, mwN).

4.4.1.a) Herr M.

Mit Herrn M. gab es einen mündlichen Rahmenvertrag über die Festivalsaison mit einem fixen Gehalt. Er hielt mit dem Erstbeschwerdeführer Rücksprache bezüglich seiner Aufgaben, ein Vertretungsrecht wurde nicht vereinbart und auch tatsächlich nicht gelebt, eine Haftung des Herrn M. für Fehlverhalten konnte nicht festgestellt werden, allenfalls würde der Erstbeschwerdeführer die Zusammenarbeit einstellen. Ein konkretes Werk konnte weder von Herrn M. noch vom Erstbeschwerdeführer dargestellt werden, eine tatsächliches unabhängiges Tätigwerden des Herrn M. auf eigene Rechnung fand nicht statt: Sofern Herr M. für die P. GmbH & Co KG tätig wurde, tat er dies auf deren Rechnung. Herr M. war daher in die Betriebsorganisation der Beschwerdeführer eingebunden, er fungierte als deren Teamleiter vor Ort, der Weisungen erteilte bzw. der gemeinsam mit anderen bei der P. GmbH & Co KG beschäftigten Personen zusammenarbeitete.

Dabei spielt auch eine Rolle, dass mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitert wird (vgl. VwGH 27.4.2011, Zl. 2009/08/0123). Qualifizierte sachliche Entscheidungsbefugnisse können einen gewissen Spielraum für eine eigenständige (uU auch unternehmerische) Gestaltung der Tätigkeiten eröffnen (vgl. VwGH 31.1.1995, Zl. 92/08/0213; 20.9.2006, Zl. 2003/08/0274).

Herr M. war jedoch als Teamleiter in die Organisation des Festivals durch die P. GmbH & Co KG eingebunden, zumal er mit seiner persönlichen Arbeitsleistung vor Ort für einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf sowie für die Leitung und Beaufsichtigung von 8 weiteren im Betrieb tätigen Mitarbeitern zu sorgen hatte. Diese Einbindung in die betriebliche Organisation der Zweitbeschwerdeführerin spricht für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Darüber hinaus gab es fallweise Rücksprachen von Herrn M. an den Erstbeschwerdeführer. Seine Arbeitszeit war nach der ZKO 3 Meldung vorgegeben und auf den ihm von der P. GmbH & Co KG zugewiesenen Dienstort beschränkt. Wenn Herr M. ein Festival nicht wahrnehmen konnte, kümmerte sich nicht er um entsprechenden Ersatz, sondern kümmerte sich vielmehr der Erstbeschwerdeführer selbst um die Tätigkeiten auf diesem Festival. Wie bereits ausgeführt, konnte kein Vertretungsrecht des Herr M. festgestellt werden, sondern war nach der Vereinbarung zwischen den Beschwerdeführern und Herrn M. gerade seine Tätigkeit als Organisator geschuldet. Die Tätigkeit des Herrn M. hatte sich im Kern an den Bedürfnissen der Beschwerdeführer zu orientieren. Der Arbeitsort war dabei durch die Art der Tätigkeit weitgehend vorgegeben. Er war gegenüber 8 Mitarbeitern der P. GmbH & Co KG weisungs- und kontrollbefugt. Die P. GmbH & Co KG hat Betriebsmittel wie das Equipment beigestellt und Aufwendungen - z.B. das Getränkeeis - getragen. Die Beschwerdeführer stellten dem Betrieb auch weitere Betriebsmittel (Arbeitskleidung) zur Verfügung.

Dies ergibt insgesamt das Bild einer durchschnittlich qualifizierten Tätigkeit (mit sachlichen Entscheidungsspielräumen, die sich zwar für die korrekte Ausübung der Dienstleistung als notwendig bzw. zweckmäßig erweisen, jedoch insgesamt keine außergewöhnlichen (unternehmerähnlichen) Dispositionsmöglichkeiten erkennen lassen, die es rechtfertigen könnten, den in die betriebliche Organisation seines Arbeitgebers eingebundenen Herr M. dennoch als persönlich unabhängigen, freien Dienstnehmer iSd § 4 Abs. 4 ASVG anzusehen:

Es gab keine freie Zeiteinteilung, der Arbeitsort war vorgegeben, woraus die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung vorliegt (vgl. VwGH 16.9.1997, Zl. 93/08/0171; 31.1.2007, Zl. 2005/08/0176). Darüber hinaus erhielt er dafür nach den vorgelegten Unterlagen auch laufende monatliche Entgeltzahlungen (vgl. VwGH 21.9.1999, Zl. 97/08/0486).

Insgesamt kann im Rahmen der nach § 4 Abs. 2 ASVG gebotenen Gesamtabwägung daher nicht ein Überwiegen der Merkmale der persönlichen Unabhängigkeit festgestellt werden (vgl. VwGH 24.1.2006, Zl. 2004/08/0101; 2.4.2008, Zl. 2007/08/0296), sodass Herr M. als Dienstnehmer der P. GmbH & Co KG zu qualifizieren ist (vgl. VwGH 15.5.2013, Zl. 2013/08/0051).

4.4.1.b) 8 weitere Personen:

Mit diesen Personen gibt es keine schriftlichen Dienstverträge; ein konkretes Werk konnte nicht dargelegt werden. Diese Personen waren als Dienstnehmer beschäftigt: Sie unterstanden jeweils der Weisungsbefugnis der P. GmbH & Co KG manifestiert durch die Weisungskette Teamleiter – Standleiter, arbeiteten mit Betriebsmitteln der Beschwerdeführer, mussten zwecks einheitlichen Erscheinungsbildes vorgegebene schwarze Kleidung tragen und waren bezüglich Arbeitsort und Arbeitszeit an die Anweisungen der Beschwerdeführer gebunden. Die Personen waren zur persönlichen Arbeit verpflichtet, mag es auch in Einzelfällen zu kurzfristigen Umdispositionen gekommen sein. Nach der Aussage des Erstbeschwerdeführers wurde mit zu beschäftigenden Personen ein Vorstellungsgespräch geführt, ein generelles Vertretungsrecht wurde nicht behauptet, aus der Erklärung der Frau K. folgt, dass „umdisponiert wurde“ und sie bei einem anderen Festival der P. GmbH & Co KG tätig war. Ein Tätigwerden dritter Personen ohne Kenntnisnahme durch die P. GmbH & Co KG war aufgrund der geschilderten Vorgangweise (Tätigwerden erst ab Versenden eines E-Mails durch die P. GmbH & Co KG an die beschäftigte Person) ausgeschlossen, sodass immer eine Ingerenzmöglichkeit der P. GmbH & Co KG bestand.

Bei einfachen manuellen Tätigkeiten oder Hilfstätigkeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und auf die Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlauben, kann bei einer solchen Integration des Beschäftigten in den Betrieb des Beschäftigers - in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte - das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG ohne weitwendige Untersuchungen vorausgesetzt werden (vgl. VwGH 21.12.2011, Zl. 2010/08/0129). Dies ist bei Barmitarbeitern, Personen, die einen Stand aufstellen bzw. an der Bar mithelfen sowie LKW-Fahrern der Fall.

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt weiters nur dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann.

Damit wird vor allem die Situation eines selbständigen Erwerbstätigen in

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at