

# TE Vwgh Erkenntnis 1998/9/3 95/09/0172

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.09.1998

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;

AuslBG §3 Abs1 idF 1990/450;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Fuchs und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Keller, über die Beschwerde der RW in Graz-Seiersberg, vertreten durch Dr. Kurt Klein und Dr. Paul Wuntschek, Rechtsanwälte in Graz, Grazbachgasse 39/III, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 14. Februar 1995, Zl. UVS 30.8-137/93-16, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde einer Berufung der Beschwerdeführerin, die ein Dienstleistungsunternehmen betreibt, gegen das erstinstanzliche Straferkenntnis vom 9. November 1993 mit der Maßgabe keine Folge gegeben, daß der Spruch des Straferkenntnisses wie folgt zu lauten habe:

"Sie haben als Inhaberin der nicht protokollierten Einzelfirma R.W. mit Sitz in ... nachfolgend aufgelistete ausländische Staatsangehörige beschäftigt, obwohl Ihnen für diese Ausländer keine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde, und die Ausländer keine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen haben.

(Es folgt die namentliche Anführung von 23 ausländischen Staatsangehörigen)

Sie haben hiedurch in den Fällen 1.) bis 23.) eine Verwaltungsübertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG begangen und wird über Sie folgende Strafe verhängt:

1.) bis 23.) S 5.000,-- gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit a AuslBG, für den Fall der Uneinbringlichkeit der in jedem einzelnen Punkt verhängten Geldstrafe wird gemäß § 16 VStG die Ersatzfreiheitsstrafe je Übertretung mit 12 Stunden

festgesetzt."

Im Spruch des angefochtenen Bescheides wird weiters ausgeführt, gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG würden in den Punkten 1.) bis 23.) die Kosten des Verfahrens der ersten Instanz mit S 500,-- festgesetzt und bestimmt, daß die Beschwerdeführerin erstens die Strafe und zweitens die Kosten des Verfahrens der ersten Instanz binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang zu entrichten habe.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides wird berichtet, in den Firmenräumlichkeiten der Beschwerdeführerin hätten Organe des Landesarbeitsamtes am 2. Juli 1992 eine Kontrolle durchgeführt und festgestellt, daß 23 namentlich angeführte Ausländer entgegen den Bestimmungen des AuslBG dort beschäftigt gewesen seien. Die Beschwerdeführerin habe sich unter Vorlage von entsprechenden Werkverträgen dahingehend verantwortet, es habe sich bei den ausländischen Staatsbürgern um Werkvertragsnehmer, "somit quasi Subunternehmen", gehandelt.

In der Sachverhaltsfeststellung des angefochtenen Bescheides ging die belangte Behörde davon aus, daß die Tatsache des Arbeitens von 23 ausländischen Staatsangehörigen am 2. Juli 1992 im Betrieb der Beschwerdeführerin als erwiesen angenommen werden könne. Strittig sei die rechtliche Qualifikation des "Vertragsverhältnisses", wobei die vorgelegten Werkverträge u.a. folgende Bestimmungen enthielten:

"§ 2 dieses Vertrages führt aus:

Der Auftragnehmer und der Auftraggeber vereinbaren, daß der Auftragnehmer seine Tätigkeit am 24.08.1991 aufnimmt. Der Auftragnehmer wird nach Maßgabe eigenen Gutdünkens die Tätigkeit des Auftraggebers in Anspruch nehmen, wobei dieser auch verpflichtet werden kann, die Lösung ihn übertragener Aufgabenstellungen schriftlich vorzunehmen und festzuhalten.

§ 3 führt über das Honorar aus:

Das dem Auftragnehmer zu bezahlende Honorar wird nach Arbeit pro Stück/ oder pro Stunde errechnet. Der Auftragnehmer ist an keine Dienstzeit und keine Weisung der Auftraggeber gebunden, hat lediglich die ihm übertragenen Agenden termingerecht, insbesondere zeitnah zu erledigen.

§ 4 (Teil 2):

Eine Anmeldung des Auftragnehmers zur Sozialversicherung erfolgt nicht. Über seine Tätigkeit legt er buchungsfähige Fakturen in wöchentlichen Abständen. Die Versteuerung seines Einkommens obliegt ihm selbst. Der Auftraggeber befindet nur darüber, ob und inwieweit die Tätigkeit des Auftragnehmers in Anspruch genommen wird.

§ 5.

Dem Auftragnehmer ist untersagt, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sowie jedwede Information, während oder auch nach Beendigung der vorliegenden Vertragsbeziehung an wen auch immer weiterzugeben. Diese Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht unbegrenzt."

Diesen Vertragsbestimmungen - so die belangte Behörde in ihrer Begründung - könne somit entnommen werden, daß die Beschwerdeführerin darüber befinde, ob und wie sie die Tätigkeit der ausländischen Staatsbürger in Anspruch nehme. Die aktenkundigen Werkverträge habe die Beschwerdeführerin mit allen Mitarbeitern (auch den Ausländern) abgeschlossen. Zum Zeitpunkt der Kontrolle sei Frau Z als Aufsichtsperson der beschäftigten Ausländer tätig gewesen. Eine gewisse Anzahl von Personal sei im Betrieb der Beschwerdeführerin immer beschäftigt gewesen. Bei höherem Arbeitsanfall, welcher von den Aufträgen der Firmen abhängt, habe dieses Personal "den Freundes- und Bekanntenkreis" informiert. Frau Z habe die Arbeitskräfte eingeteilt; der Beginn der Beschäftigung sei von Frau Z und Herrn W festgelegt worden. Der Arbeitsbeginn sei abhängig vom Umfang der zu erledigenden Arbeit gewesen (er "fand zwischen 7.00 Uhr und 8.00 Uhr in der Früh statt"). Die Tätigkeiten der Ausländer hätten darin bestanden, Werbematerial zusammenzustellen, Adressen aufzukleben und Papiere zu falten. Im Betrieb der Beschwerdeführerin sei eine Kuvertiermaschine und eine Faltmaschine vorhanden gewesen, welche von den ausländischen Arbeitskräften bedient worden sei. Vorgesetzter von Frau Z sei Herr W gewesen. Dieser habe Anweisungen sowohl an Frau Z als auch die ausländischen Arbeitskräfte erteilt. Kleinere Arbeiten, wie z.B. das Bekleben von zur Verfügung gestellten Mappen, könnten zu Hause durchgeführt werden. Die Bezahlung erfolge einerseits nach Stückzahlen, andererseits, wie z.B. beim Schreiben von Adressen, werde ein Stundenlohn ausbezahlt.

Der von der Beschwerdeführerin vorgelegte "Werkvertrag" enthalte sowohl Elemente eines Dienst- als auch eines Werkvertrages. Werde der vorliegende Werkvertrag unter den Kriterien für das Vorliegen einer Arbeitnehmerähnlichkeit geprüft, ergebe sich, daß in diesem die ausländischen Staatsbürger Leistungen auf unbestimmte Zeit zugesichert hätten. Der Vertrag habe keine bestimmte Laufzeit und ende daher nicht automatisch "mit der Erfüllung des Werkes". Der zur Arbeitsleistung Verpflichtete habe bezüglich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit den Anordnungen einer befugten Person (Frau Z) zu folgen. Der Umfang der Arbeit werde durch den Auftrag der Firmen, die der "Werkvertragsnehmer" zu erfüllen habe, bestimmt. Die "Entschlußfähigkeit" des Ausländers beschränke sich auf die "Schnelligkeit der Arbeit und auf die Bereitschaft diese zu verrichten". Zum Berufungsvorbringen, wonach die von den Ausländern ausgeübten Tätigkeiten auch ohne weiteres außerhalb des Betriebes hätten durchgeführt werden können (und dafür im wesentlichen keine besonderen Betriebsmittel erforderlich seien), sei auf die Zeugeneinvernahme der von der Beschwerdeführerin namhaft gemachten Entlastungszeugen hinzuweisen, die ausgeführt hätten, daß das Zusammenstellen von Prospekten außerhalb des Betriebes nicht durchführbar sei, weil anhand einer täglichen Arbeitsleistung von 6.000 bis 7.000 Prospekten die "erforderliche Transportkapazität bei den Werkvertragsnehmern" nicht vorhanden sei. Auch die in der Berufung behauptete fehlende feste Zeiteinteilung habe sich nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens als unzutreffend erwiesen, weil Frau Z eindeutig erläutert habe, daß der Dienstbeginn regelmäßig zwischen 7.00 Uhr und 8.00 Uhr "in der Früh war und der Beginn der Arbeit vom Umfang dieser abhängig war". Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung nach § 3 Abs. 1 AuslBG treffe auch einen "Werkvertragsgeber", wenn die Grundlage für den Vertrag nicht in gewerberechtlichen oder sonstigen Normen liege und der Werkvertrag so beschaffen sei, daß der "Werkvertragsnehmer" zwar nicht in der Frage seiner persönlichen, aber in der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleichkomme. Entscheidend für das Kriterium der Arbeitnehmerähnlichkeit sei die wirtschaftliche Unselbständigkeit. Im Beschwerdefall (auch aufgrund der im Werkvertrag verankerten Treuepflichten - die Werkvertragsnehmer seien u.a. verpflichtet, Betriebsgeheimnisse zu wahren und Schädigungen des Betriebes zu verhindern) sei eindeutig ein Überwiegen der für einen Dienstvertrag typischen Verpflichtungen gegeben.

Im Rahmen der Strafbemessung führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid aus, daß unter Berücksichtigung der Strafzumessungsgründe im Hinblick auf die von der Behörde erster Instanz vorgenommene außerordentliche Milderung nach § 20 VStG die verhängte Strafe zu bestätigen gewesen sei. Die nunmehr festgesetzte Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe stütze sich darauf, daß die von der Behörde erster Instanz vorgenommene Festsetzung im Ausmaß von acht Tagen nicht mit der Mindeststrafe des AuslBG im Einklang stehe.

In der Beschwerde wird inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides geltend gemacht.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in der Gegenschrift die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG idFBGBl. Nr. 450/1990 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Als Beschäftigung gilt nach § 2 Abs. 2 AuslBG u.a. die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis und b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird.

Da gemäß § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 leg. cit. vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist, ist es für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend, in welche zivilrechtliche Form dieses gekleidet ist. Es ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht erkennbar, daß die belangte Behörde bei der von ihr dem angefochtenen Bescheid zugrundegelegten Ansicht, die in Rede stehenden Ausländer seien trotz des formellen Abschlusses eines "Werkvertrages" in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nach § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG zur Beschwerdeführerin gestanden, die Rechtslage verkannt hätte. In der Beschwerde angesprochene formelle Kriterien, wie eine nicht erfolgte Anmeldung zur Sozialversicherung oder der in den Werkverträgen enthaltene Hinweis, die Ausländer müßten für die Versteuerung ihres Einkommens selbst sorgen, konnten nicht von Relevanz sein (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. April 1998, 95/09/0174 und 0181, sowie allgemein zu den Kriterien der

Arbeitnehmerähnlichkeit etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Dezember 1994, 94/09/0085, und vom 20. Mai 1998, 97/09/0241). Auch gelegentliche oder kurzfristige Beschäftigungen sind grundsätzlich als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnisse im Sinn des § 2 Abs. 2 leg. cit. anzusehen (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshof vom 10. April 1997, 95/09/0110, und vom 19. November 1997, 97/09/0169).

Die ausländischen Staatsangehörigen wurden unbestritten bei der Kontrolle am 2. Juli 1992 als tatsächlich im Betrieb der Beschwerdeführerin arbeitend angetroffen. Aufgrund der auch in der Beschwerde unwidersprochen gebliebenen Feststellung im angefochtenen Bescheid, die Arbeitsverrichtung außerhalb des Betriebes sei mangels "erforderlicher Transportkapazitäten" im wesentlichen nicht möglich gewesen, stellt sich die weiters von der Beschwerdeführerin ins Spiel gebrachte Variante der Heimarbeit nur als theoretische Möglichkeit dar (von einer lt. Beschwerde "gelegentlichen" Arbeitsverrichtung im Betrieb der Beschwerdeführerin kann daher in bezug auf die streitgegenständlichen Ausländer nicht gesprochen werden; zudem haben die Ausländer im Rahmen ihrer niederschriftlichen Einvernahmen im Zuge der behördlichen Überprüfung am 7. Februar 1993 jeweils angegeben, die Arbeiten im Betrieb der Beschwerdeführerin auszuüben). Wenn die Beschwerdeführerin auf die eben erwähnten Zeugeneinvernahmen der Ausländer in der Beschwerde selbst Bezug nimmt, und dazu betont, diese hätten angegeben, bei anderen Dienstgebern noch eine "Vollbeschäftigung" (zum Teil bei einem Zeitungsverlag bzw. bei Werbefirmen) zu haben, ist darauf hinzuweisen, daß es für die Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit nicht darauf ankommt, ob die betreffende Person konkret auf die Gegenleistungen aus diesem (arbeitnehmerähnlichen) Rechtsverhältnis zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes angewiesen ist (vgl. beispielsweise die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. September 1993, 92/09/0322, und vom 17. November 1994, 94/09/0195).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrmals zum Ausdruck gebracht, daß einfache manipulative Tätigkeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. beispielsweise die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Februar 1997, 95/09/0154, und vom 18. März 1998, 95/09/0239, m.w.N.). Bei der von den ausländischen Staatsbürgern ausgeübten Tätigkeit, die nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid darin bestanden hat, Werbematerial zusammenzustellen, Adressen aufzukleben und Papiere zu falten, hat es sich in diesem Sinne auch nicht um die Übernahme eines selbständigen (Werk)"Auftrages" gehandelt (den die Ausländer lt. Beschwerde bereit gewesen wären, zu übernehmen). Daß die Ausländer bei ihrer Tätigkeit in die betriebliche Organisation der Beschwerdeführerin ohnedies integriert und bei ihrer Leistungserbringung in ihrer Entscheidungsfreiheit auf ein Minimum eingeschränkt waren, ergibt sich aus dem auch in den Werkverträgen angesprochenen Erfordernis einer termingerechten Arbeit und der bei der Überprüfung am 2. Juli 1992 festgestellten - und auch lt. Beschwerde "gewissen" - Kontrolle, der die Ausländer bei ihrer Arbeitsverrichtung unterlagen. Bezüglich einer zeitlichen Bindung tritt die Beschwerde im übrigen den Ausführungen im angefochtenen Bescheid nicht konkret entgegen, die von einem regelmäßigen Dienstbeginn zwischen 7.00 Uhr und 8.00 Uhr am Morgen ausgehen. Gerade bei Tätigkeiten, die sich in der Erledigung von Stückzahlen niederschlagen, ist im Wirtschaftsleben bei Dienstverträgen eine leistungsbezogene Entlohnung (z.B. Akkordlohn) durchaus üblich, sodaß aus dieser Entgeltsform für die Beschwerde zur Bekämpfung des Standpunktes der belangten Behörde nichts zu gewinnen ist. Soweit die Beschwerde geltend macht, die Ausländer ("Werkvertragsnehmer") hätten auch einen "Vertreter schicken können", behauptet auch die Beschwerdeführerin nicht, daß der Ausländer - wie dies für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit charakteristisch wäre - für den Arbeitserfolg dieses "Vertreters" der Beschwerdeführerin gegenüber verantwortlich gewesen wäre.

Die belangte Behörde durfte daher insgesamt zu Recht vom Vorliegen beschäftigungsbewilligungspflichtiger Arbeitsverhältnisse zu den im Spruch des angefochtenen Bescheides genannten ausländischen Staatsangehörigen ausgehen.

Zur verhängten Geldstrafe regt die Beschwerde ein Verfahren auf Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Strafbestimmungen des § 28 AuslBG an. Durch die Kumulierung von S 5.000,- mal 23 ergebe sich nämlich eine als drakonisch zu bezeichnende Höhe der Gesamtstrafe, deren Verhängung nur durch "Organe der Strafgerichtsbarkeit" zulässig wäre.

Zu diesem Vorbringen ist zu sagen, daß es im verfassungsrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers liegt, die dem Gesetz widersprechende Beschäftigung jedes Ausländers zur selbständigen Verwaltungsübertretung zu erklären und unter Strafe zu stellen. Wenn dies auch zu einer beträchtlichen (Gesamt-)Strafe führen kann, macht dies die Verhängung dieser Strafen durch Verwaltungsbehörden noch nicht

verfassungswidrig (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 20. Juni 1994, Slg. Nr. 13.790, sowie beispielsweise die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. November 1993, 93/09/0256, und vom 29. August 1996, 96/09/0229).

Zur Frage der - in der Beschwerde ohnedies nicht weiter bekämpften - Strafbemessung ist festzuhalten, daß unter Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung des § 20 VStG die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe nach § 28 Abs. 1 Z. 1 (bei Beschäftigung von mehr als drei Ausländern) für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer in Höhe von S 10.000,-- ohnehin bis zur Hälfte unterschritten wurde.

Wenn die Beschwerde schließlich geltend macht, die belangte Behörde hätte im angefochtenen Bescheid keine Kosten des Berufungsverfahrens auferlegen dürfen, weil es im Bereich der Ersatzfreiheitsstrafe zu einer Herabsetzung der verhängten Strafe von acht Tagen pro Übertretung auf 12 Stunden gekommen sei, ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen in der Gegenschrift darauf hinzuweisen, daß im angefochtenen Bescheid lediglich die Verfahrenskosten erster Instanz mit dem nunmehr - richtiggestellten - Betrag von S 500,-- "in den Punkten 1.) bis 23.)" (gegenüber dem im erstinstanzlichen Straferkenntnis vorgeschriebenen Gesamtbetrag von S 11.500,--) zur Vorschreibung gekommen sind und damit eine Auferlegung von Kosten des Berufungsverfahrens nicht stattfand.

Die Beschwerde war daher insgesamt gemäß 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1998:1995090172.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2026 JUSLINE

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

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