

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

20.11.2008

Geschäftszahl

2008/09/0281

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kühnberg, über die Beschwerde des JG in W, vertreten durch Dr. Martin Leitner und Dr. Ralph Trischler, Rechtsanwälte in 1100 Wien, Keplerplatz 13, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 14. Juli 2008, Zl. UVS- 07/A/40/2897/2007-31, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug in Erledigung der am 29. März 2007 bei der Behörde erster Instanz eingelangten Berufung des Beschwerdeführers ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 14. Juli 2008 (durch mündliche Verkündung am 19. Juni 2008 rechtswirksam erlassen) wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als Arbeitgeber in W, E-Straße, vom 1. August 2004 bis 2. August 2006 die polnischen Staatsangehörigen TP und DP mit Plakatierungsarbeiten und mit Reinigung von Straßenbahnhaltestellen (die Ausländer seien bei Plakatierungsarbeiten in W, V-Gasse, beobachtet worden) beschäftigt, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch zwei Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.400,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je einer Woche, vier Tagen und fünf Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides stellte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges, insbesondere der in der mündlichen Verhandlung erfolgten Einvernahmen des Beschwerdeführers und der beiden polnischen Staatsangehörigen, folgenden Sachverhalt fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Die Herrn TP und DP sind Brüder, besitzen ausschließlich die polnischen Staatsbürgerschaft und sind Neffen des Berufungswerbers. Zur Tatzeit besaßen weder sie, noch der Berufungswerber für sie, einen Arbeitstitel nach dem AuslBG. Beide Ausländer verfügten zur Tatzeit über folgende Gewerbeberechtigungen:

1. Schneeräumung, Bestreuung und Reinigung von öffentlichen und privaten Verkehrsflächen unter Anschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeiten und
2. Ankündigungsunternehmen.

Die Gewerbeanmeldungen erfolgte am 6.5.2004. Als Standort wurde sowohl von Herrn DP als auch von Herrn TP ihre gemeinsame Wohnung in W, H-Gasse angegeben.

In der Zeit von 1.8.2004 bis 2.8.2006 übernahmen DP und TP ausschließlich Arbeitsaufträge von Herrn JG" (das ist der Beschwerdeführer). "Weitere Auftraggeber wurden von DP und TP weder requiriert noch nahmen diese von anderen Personen Arbeitsaufträge an. Die einzige Einnahmequelle war die Bezahlung durch Herrn JG. Herr JG beauftragte seine Neffen mit Plakatierarbeiten und Reinigungsarbeiten. Beide Arbeitsbereiche waren

sowohl hinsichtlich der Art der Tätigkeit als auch der Arbeitszielerreichung exakt determiniert. Grundsätzlich hatten DP und TP für das Anbringen der Plakate jeweils sechs Tage Zeit. Innerhalb dieses Zeitraumes konnten die beiden Polen ihre Arbeitszeit frei bestimmen. Die Plakate holten DP und TP direkt bei der Firma G ab. Diese Firma stellte auch den Kleber und sonstiges Material zur Verfügung. Die Qualitätskontrolle erfolgte ebenfalls durch die Firma G. Die Bezahlung erfolgte nicht nach der geleisteten Arbeitszeit, sondern im Wesentlichen nach der Anzahl und der Größe der Plakate. Die Preise pro Bogen wurden von der Firma G ihren 'Subunternehmern' vorgegeben, die ihrerseits teilweise weitere 'Subunternehmer' beauftragten. Im konkreten Fall erfolgte die Beauftragung durch die G Ges.m.b.H. an die Firmen 'P' und an die D Ges.m.b.H. Von diesen beiden Firmen erhielt Herr JG - wie oben beschrieben - 'Subaufträge', die Herr JG zum Teil an seine Neffen weitergab. In diesem System der 'Sub-Sub-Sub-Vergabe' blieb kein Raum für eine individuelle Preisgestaltung. Die Abrechnung zwischen den einzelnen Auftragsebenen erfolgte immer pro Bogen und im nachhinein. DP und TP erhielten ihre Aufträge immer nur von Herrn JG und legten beide jeweils einmal pro Monat eine Rechnung an Herrn JG. Hierbei wurde in die Rechnung die Summe aller in diesem Monat geleisteten Arbeiten (plakatieren und reinigen) in Geldwert eingetragen. Detailangaben, wie beispielsweise die Anzahl der geklebten Plakate oder die Anzahl der gereinigten Haltestellen, wurden auf der Rechnung nicht ausgewiesen. Sowohl Herr DP als auch Herr TP hielten die von ihnen geleisteten Arbeiten auf einer per Hand geführten Liste fest und legten diese ihrem Onkel zur Kontrolle vor. Hat dieser die Aufzeichnungen für richtig befunden, legten die beiden Ausländer die beschriebenen Rechnungen. Die beiden Brüder halfen einander teilweise wechselseitig bei ihren Arbeiten. Keiner von beiden gab einen Auftrag an eine dritte Person weiter. Zwischen den einzelnen Plakatieraktionen säuberten DP und TP Haltestellen. Den Auftrag dazu hatte ihr Onkel JG von einem seiner Auftraggeber erhalten und wurde dieser auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Vertrag von seinen Neffen erfüllt. Auch für die Reinigung gab es seitens der Firma G exakte Vorgaben, wie beispielsweise 'im Monat X werden in den Stationen A,B,C ... die Glasflächen gewaschen.' Die Verrechnung erfolgte ebenfalls im nachhinein, je nach Arbeitsleistung und Anzahl der Stationen. Die Säuberungsarbeiten wurden gleichfalls von der Firma G überprüft. DP und TP legten ihre monatlichen Rechnungen immer nur gegenüber ihren Onkel und überwies dieser den Betrag auf die Konten der Neffen. Keiner der beiden hat sich während des Tatzeitraumes von einer dritten Person vertreten lassen. Urlaube mussten DP und TP mit ihrem Onkel absprechen. Die Preise waren zwischen DP und TP und Herrn JG de facto nicht verhandelbar.

DP und TP verwendeten für ihre Arbeit von ihnen gestelltes Werkzeug (Leiter, Roller, etc) und verfügten über eigene Kraftfahrzeuge. Für das Kleben größerer Plakate nützten sie die lange Leiter und das Kraftfahrzeug ihres Onkels. Dafür mussten DP und TP kein Entgelt leisten. Die tatsächlich anfallenden Treibstoffkosten wurden von ihnen getragen. Bei der Montage dieser großen Plakate arbeiten die Brüder Hand in Hand. Üblicherweise arbeitete jeder für sich, manchmal half einer dem anderen, zB wenn einer nicht rechtzeitig mit seinen Arbeiten fertig geworden wäre."

Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen ging die belangte Behörde in rechtlicher Würdigung davon aus, dass die objektive Tatseite erfüllt sei. Sie begründete dies wie folgt:

"Die beiden polnischen Staatsbürger DP und TP lebten in der Zeit vom 1.8.2004 bis zum 2.8.2006 (und wohl darüber hinaus) ausschließlich von jenen Einnahmen, die ihnen Herr JG monatlich ausbezahlte. In welchem Zeitraum welche Plakate an welchen Wänden zu kleben und welche Haltestellen in welchem Umfang zu säubern waren, gab ihnen Herr JG vor. Es gab eine zumindest stillschweigend anerkannte Praxis, wonach Aufträge von anderen Personen nicht entgegen genommen wurden. Aufgrund der strengen Vorgaben hinsichtlich des Plakatierens und des Reinigens blieb kein Raum für DP und TP ihre Arbeitskraft auch anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Die Kriterien einer gewisse Regelmäßigkeit und einer längere Dauer der Tätigkeit (zwei Jahre lang) sind ebenfalls erfüllt. Nach den übereinstimmenden Darstellungen der in der Berufungsverhandlung befragten Personen bestand eine faktische Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung. DP und TP verwendeten - wenn auch nicht ständig - Arbeitsmittel von Herrn JG (seinen LKW und seine Leiter). Die beiden Ausländer übten die Tätigkeiten ausschließlich für einen Unternehmer (den Berufungswerber) aus. Es bestand ein branchenübliches Konkurrenzverbot und erfolgten die Arbeiten entgeltlich. Die Arbeitsleistungen von DP und TP kamen Herrn JG zugute, da sich dieser der beiden zur Erfüllung der von ihm übernommenen Aufträge bediente. An dieser Stelle sei angemerkt, dass im vorliegenden Fall ausschließlich die Beschäftigung von DP und TP zu prüfen ist. Die Beziehung zwischen Herrn JG und seinen 'Auftraggebern' ist nicht verfahrensgegenständlich.

Die festgestellten Merkmale sprechen für das Vorliegen eines typischen Arbeitsverhältnisses, jedenfalls aber zumindest für ein arbeitnehmerähnliches Dienstverhältnis. An der rechtlichen Qualifikation ändert dies nichts, da nach § 2 Absatz 2 litera b AuslBG auch eine Beschäftigung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung nach dem AuslBG gilt. Die Ausnahmeregelung des § 2 Absatz 2 lit b AuslBG, 'sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird', kommt nicht zum Tragen. Mit dieser - durch die Novelle BGBl I 2005/101 mit Wirksamkeit vom 1.1.2006 entfallenen - Norm sollten jene Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich AuslBG ausgenommen werden, die zwar einzelne Merkmale eines arbeitnehmerähnlichen Vertragsverhältnisses aufweisen, bei einer Gesamtbetrachtung aber von einer tatsächlichen Selbstständigkeit ausgegangen werden konnte. Dass mit dieser Bestimmung keine 'Scheinselbstständigkeit' legitimiert werden sollte, zeigt auch die Regierungsvorlage (948 d.B. zu BGBl I 2005/101), in welcher die Streichung dieser Ausnahme wie folgt begründet wird: 'Zur Verhinderung von

'Scheinselbständigkeit' wird klargestellt, dass auch der Besitz einer Gewerbeberechtigung oder sonstigen Berechtigungen bei Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nicht zur Bewilligungsfreiheit nach dem AuslBG führt.'

Unter den vorliegenden Umständen geht der Unabhängige Verwaltungssenat davon aus, dass die Herrn DP und TP zumindest wirtschaftlich von Herrn JG abhängig waren und über dessen konkreten Auftrag tätig wurden. Die Elemente einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung überwiegen jene einer selbständigen Tätigkeit bei weitem. Da diese Männer zum Tatzeitpunkt über keine arbeitsmarktbehördlichen Berechtigungen verfügten (dies wurde nicht einmal behauptet), liegen unrechtmäßige Beschäftigungen im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vor."

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, verzichtete jedoch auf die Erstattung einer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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 unterworfenen) 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, Zl. 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 Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales 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", in dem 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 Merkmales 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, Zl. 2002/09/0187).

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Wertung der gegenständlichen Tätigkeiten als unselbständige Beschäftigung nach dem AuslBG. Er bringt vor, dass die "Requisition" von Aufträgen durch TP und DP niemals Thema des Beweisverfahrens gewesen sei (die diesbezügliche Feststellung der belangten Behörde rügt er auch als "aktenwidrig"). Damit übersieht er die Aussage des als Zeugen einvernommenen TP in der mündlichen Verhandlung vom 6. März 2008 "Werbung habe ich bisher für meine Firma keine gemacht. Visitenkarten habe ich keine, wenn jemand interessiert

ist, gebe ich ihm meine Handynummer. Ich wollte auch nicht

mehr verdienen, um nicht mehr Steuer zahlen zu müssen." Auch aus der Aussage des Zeugen DP in der mündlichen Verhandlung vom 19. Juni 2008 geht hervor, dass dieser kein Interesse daran hatte, Aufträge anderer Personen zu erhalten als jene seines Onkels. Dass die beiden im Tatzeitraum ausschließlich für ihren Onkel, den Beschwerdeführer, gearbeitet haben, wurde von DP schon in seiner Zeugenaussage klargestellt, hinsichtlich des TP ergibt sich dies aus dessen Zeugenaussage in Verbindung mit der Bekanntgabe des Beschwerdeführers vom 3. April 2008, es gäbe aus dem Zeitraum vor dem 2. August 2006 keine Rechnungen anderer Auftraggeber.

Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang noch darauf hinweist, es habe sich bei TP und DP um "Jungunternehmer" gehandelt, bei denen sich ein Kundenstock erst nach "einiger Zeit" entwickle, ist ihm neben dem bereits behandelten Desinteresse des TP und DP, neue Kunden zu gewinnen, auch der lange Beschäftigungszeitraum von zwei Jahren entgegenzuhalten.

Sodann bringt der Beschwerdeführer vor, die belangte Behörde hätte bei der Gewichtung mehrerer Abgrenzungsmerkmale (keine Arbeitsaufträge anderer Auftraggeber, exakte Determinierung der durch den Beschwerdeführer erteilten Aufträge, fixe Preisvorgaben, Kontrolle der Arbeitsaufzeichnungen vor

Rechnungslegung durch den Beschwerdeführer, Urlaubskoordination mit dem Beschwerdeführer) nicht Bedacht darauf genommen, dass in der "Sub-Sub-Subkette" bereits alles vom wirtschaftlich dominanten Erstauftraggeber G GmbH festgelegt worden sei, wobei dies eine "Branchenusage" sei. Die jeweiligen Auftragnehmer hätten sich danach zu richten, um ihren Platz in der "Sub-Sub-Subkette" nicht zu verlieren, weil diese "Innehaltung eines Platzes" eine aus wirtschaftlicher Sicht "überlebensnotwendige Grundvoraussetzung" sei. Er fordert dazu die Durchführung von Ermittlungen durch die belangte Behörde.

Aus dem Beschwerdevorbringen, wonach diese Form der Weitergabe bzw. Arbeitsteilung zwischen Unternehmen branchenüblich ("Branchenusage") sei, ist für den vorliegenden Fall der Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz nichts zu gewinnen. Dass nämlich eine derartige Praxis bestünde, erweist noch nicht, dass die in deren Rahmen erbrachten Tätigkeiten von Ausländern keine unselbständigen Tätigkeiten wären (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2003, Zl. 2001/09/0067). Außerdem übersieht der Beschwerdeführer, dass die Frage, ob ein wie hier vorliegender, durch Zeugenaussagen belegter Sachverhalt als unselbständige Beschäftigung zu qualifizieren ist, nicht eine Frage der "Branchenüblichkeit" ist, sondern eine reine Rechtsfrage (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0022). Da die belangte Behörde entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers diesbezüglich die Rechtslage nicht verkannt hat, ist den auf dem behandelten Vorbringen des Beschwerdeführers beruhenden Verfahrensrügen der Boden entzogen.

Auch wenn der Beschwerdeführer die de facto nicht erwünschte Vertretung durch Fremde bei der Ausführung der Plakatier- und Reinigungsarbeiten damit zu erklären versucht, es müsse die "Qualität" der Arbeit gewährleistet bleiben, ist ihm darauf zu antworten, dass auch dieses Merkmal ohne den vom Beschwerdeführer dargetanen Hintergrund des "mächtigen Auftraggebers" G GmbH und des notwendigen Haltens des "Platzes in der Kette" zu bewerten ist.

Sodann wendet der Beschwerdeführer ein, die Berufungsbehörde habe sich nicht mit dem Argument der "Unterstützung aus familiären Gründen oder Freundschaft" ausreichend auseinandergesetzt. Die belangte Behörde hat die Stellung des TP und DP als Neffen des Beschwerdeführers festgestellt. Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren kam, wie die belangte Behörde zu Recht annehmen durfte, klar hervor, dass es bei der Beauftragung des TP und DP zu diversen Arbeiten eindeutig um Geschäftsbeziehungen (Erbringung von in Geldwert abzugeltenden Leistungen), nicht aber um unentgeltliche Familiendienste ging. Lediglich in der Zur-Verfügung-Stellung des Kfz's samt langer Leiter durch den Beschwerdeführer an die Neffen (dies sei nach den Zeugenaussagen dann erforderlich gewesen, wenn Plakate auf hohen Plakatwänden anzubringen waren) könnte eine in der Familienbande begründete unentgeltliche Gefälligkeit zu sehen sein (nach den Zeugenaussagen seien TP und DP für den Treibstoff aufgekommen, sie stellten andererseits dem Beschwerdeführer auch ihre eigenen Kfz's zur Verfügung). Selbst wenn man dem Beschwerdeführer in diesem Punkt folgt und auch berücksichtigt, dass TP und DP über eigene Fahrzeuge verfügten und das erforderliche Kleinwerkzeug beistellten, somit auch Sachverhaltselemente vorliegen, die für die Selbständigkeit des TP und DP sprechen, kann dies die Gesamtbeurteilung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig erkennen lassen.

Den von der belangten Behörde festgestellten, für die Unselbständigkeit des TP und des DP sprechenden Umständen

- nahezu tägliche Arbeit über den Zeitraum von zwei Jahren ausschließlich für den Beschwerdeführer in einem Umfang, der keine andere Tätigkeit zuließ
- wirtschaftliche Abhängigkeit des TP und DP von den bei dieser Tätigkeit erzielten Einnahmen
- Verrichtung nahezu der gleichen Tätigkeiten, die auch von einem anderen Arbeitnehmer des Beschwerdeführers zu verrichten waren, sohin Tätigkeiten, die von den im Betrieb des Beschwerdeführers zu erbringenden Betriebszwecken sachlich nicht zu unterscheiden und zudem nicht exakt umschrieben waren (vgl. die von TP und DP gelegten, inhaltlich unbestimmbaren "Rechnungen")
- de facto persönliche Leistungspflicht
- einschneidende Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des TP und DP hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit samt Kontrolle der Aufzeichnungen durch den Beschwerdeführer vor "Rechnungslegung"
- die Tätigkeiten kamen dem Beschwerdeführer zu Gute

kommt im gegenständlichen Fall besonders hohes Gewicht zu.

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

Von der vom Beschwerdeführer beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. August 1998, Zl. 96/09/0120).

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. November 2008