

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

01.07.2010

Geschäftszahl

2010/09/0105

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Dobliger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des LH in S, vertreten durch Mag. Peter Freiberger, Rechtsanwalt in 8680 Mürrzuschlag, Wienerstraße 50-54, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 25. März 2010, Zl. UVS 333.22-14/2009-15, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

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

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 25. März 2010 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A-Hof ... GmbH mit dem Sitz in S zu verantworten, dass diese Gesellschaft den tschechischen Staatsangehörigen JK von 1. Februar 2007 bis 19. Dezember 2007 im Hotel als Hausmeister beschäftigt habe, obwohl für diesen keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 7.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides wies die belangte Behörde auf die durchgeführte mündliche Verhandlung hin, führte ihre Erwägungen zur Beweiswürdigung detailliert aus und stellte folgenden Sachverhalt fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der (Beschwerdeführer) war im Tatzeitraum (01.02.2007 bis 19.12.2007) einzelvertretungsbefugter handelsrechtlicher Geschäftsführer der A-Hof ... GmbH, ..., mit dem Sitz in der politischen Gemeinde S und der Geschäftsanschrift S. Der tschechische Staatsangehörige JK meldete am 29.01.2007 das Gewerbe mit dem Wortlaut 'Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten auf Grund von Werk- und freien Dienstverträgen, unter Ausschluss von Tätigkeiten reglementierter Gewerbe' am Standort W an. An dieser Adresse hat Herr JK zu keinem Zeitpunkt gewohnt, er war dort nur gemeldet. Mit Rechtswirksamkeit vom 01.02.2007 verlegte Herr JK seinen Gewerbestandort zum Sitz der A-Hof ... GmbH (im Folgenden: Hotel A-Hof). Am 31.01.2007 schlossen das Hotel A-Hof und Herr JK eine schriftliche Vereinbarung, gemäß welcher Herr JK 'ab sofort und bis auf weiteres' nachstehende Tätigkeiten auf eigene Gefahr und Risiko erledigen sollte: 'Winterpflege: Schneeräumung, Dach und Terrassen nach Bedarf, Balkone, Streuung, sowie kleine Reinigungsarbeiten im Hause; Sommerpflege: Garten- und Wiesenflächen mähen, Reinigungsarbeiten der Verkehrsflächen und Terrassen'. In der schriftlichen Vereinbarung ist weiters festgehalten, dass Herr JK wöchentlich eine Stundenabrechnung vorlegt, sein Einkommen selbst versteuert, für seine Pflichtversicherung selbst sorgt sowie, dass im Falle der Gewährung von Unterkunft und Verpflegung im Hotel noch ein Taggeld zu fixieren ist. Herr JK ist der deutschen Sprache nicht bzw. nur kaum mächtig und war daher nicht in der Lage, den Inhalt der Vereinbarung zu verstehen. Eine tschechische Übersetzung des Vertrages existiert nicht. Seit 01.02.2007 ist Herr JK für das Hotel A-Hof im Ausmaß von 40 Stunden pro Woche tätig. Seine Aufgabe ist es im

Wesentlichen, den Rasen zu mähen, Schnee zu räumen, Fenster zu putzen und die Freiflächen des Hotels inklusive der Balkone und Terrassen sauber zu halten. Im Jahr 2007 erhielt Herr JK für diese Tätigkeiten eine monatliche Pauschale in der Höhe von EUR 800,00. Die Bezug habenden Rechnungen verfasste Herr JK handschriftlich, zumal er im Tatzeitraum weder über ein Büro, noch über einen Computer oder über Mitarbeiter verfügte. Die Buchhaltung wurde von Herrn RK erledigt. Im Tatzeitraum war Herr JK am Sitz des Hotels A-Hof gemeldet und nur über das dortige Festnetztelefon erreichbar. Ein österreichisches Mobiltelefon besaß Herr JK nicht. Er verfügte zwar über ein tschechisches Mobiltelefon, benutzte dieses aber auf Grund der teuren Roaming-Gebühren nicht. Er verfügte über kein Firmenauto, aber über einen privaten Pkw. Seit 01.02.2007 hatte Herr JK, abgesehen vom Hotel A-Hof, lediglich drei weitere Auftraggeber: Herrn AW, welchen er im Hotel kennen lernte, Frau LP, welche er bereits aus Tschechien kannte sowie Frau LM, welche ihm über Frau LP vermittelt wurde. Da Herr JK nur sehr schlecht Deutsch spricht, war es ihm bislang nicht möglich, weitere Kunden zu akquirieren. Abgesehen von den Fakturen an das Hotel A-Hof legte Herr JK im gesamten Tatzeitraum insgesamt sechs Fakturen mit einem Gesamtbetrag von EUR 954,00 brutto (zweimal EUR 24,00, einmal EUR 30,00, einmal EUR 36,00 und zweimal EUR 420,00) für Tätigkeiten wie Hauspflege, Rasenmähen sowie Autopflege vor. Die von Herrn JK verwendeten Werkzeuge wie Rasenmäher und Schneeschaukel wurden vom Hotel A-Hof zur Verfügung gestellt. Sämtliche notwendigen Betriebsmittel wie Reinigungsmittel oder Benzin für den Rasenmäher und zumindest teilweise auch die Arbeitswerkzeuge wurden von Herrn JK eingekauft, er erhielt den Kaufpreis jedoch vom Hotel A-Hof nach Vorlage der jeweiligen Rechnungen refundiert. Herr JK wohnte im Tatzeitraum kostenlos im Hotel A-Hof und erhielt dort auch kostenlose Verpflegung. Zwischendurch fuhr Herr JK immer wieder nach Tschechien. Wenn er sich gerade in Tschechien befand, stand er auf Abruf bereit und brach sofort auf, wenn seine Dienste benötigt wurden, zum Beispiel, wenn es im Winter schneite. Die Anreise von seinem üblichen Aufenthaltsort in Tschechien zum Hotel A-Hof nahm etwa zweieinhalb Stunden in Anspruch. Darüber hinaus sprach sich Herr JK mit dem (Beschwerdeführer) ab, wann, wo und wie lange er zu arbeiten hatte. Wenn Herr JK vor hatte, an einem bestimmten Tag Gras zu mähen und dann daran gehindert wurde, teilte er dies dem (Beschwerdeführer) mit. Stundenlisten führte Herr JK nicht. Herr JK hatte selbst Arbeitskleidung. Er durfte sich bei seiner Tätigkeit nicht vertreten lassen und ließ sich auch nie vertreten. Im Tatzeitraum war Herr JK nicht krank und hat auch keinen Urlaub konsumiert. Wenn einer dieser Fälle eingetreten wäre, hätte er dem (Beschwerdeführer) Bescheid gesagt. Die von Herrn JK verrichtete Tätigkeit wurde vom Hotel A-Hof kontrolliert, so wurde zB. einmal beanstandet, Herr JK hätte das Gras nicht richtig gemäht, woraufhin Herr JK das Gras noch einmal mähen musste. Der (Beschwerdeführer) und Herr JK sprachen nicht darüber, ob Herr JK auch für andere Auftraggeber tätig sein darf. Herr JK war im Jahre 2007 in Österreich als Selbstständiger sozialversichert. Er verfügte im Tatzeitraum über keine Berufshaftpflichtversicherung. Am 19.12.2007 führten Organe des Finanzamtes B eine Kontrolle im Hotel A-Hof durch. Im Zuge der Kontrolle trafen sie auf Herrn JK, welcher freiwillig und selbstständig ein Personenblatt und einen Fragebogen gemäß § 89 Abs 3 EStG ausfüllte. Sowohl das Personenblatt als auch der Fragebogen gemäß § 89 Abs 3 EStG sind in Tschechisch abgefasst. Herr JK verfügte im Tatzeitraum über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung."

Die belangte Behörde leitete daraus eine unselbständige Beschäftigung des JK durch die A-Hof ... GmbH ab.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes geltend machende Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer versucht, durch selektiv ausgewählte und aus ihrem Zusammenhang gerissene Zitate aus der Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde die Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung an sich zu erschüttern, indem er aus diesen Auszügen zu anderen Sachverhalten (z.B. im Hinblick auf die Dauer der Tätigkeit, das "Eigentum" an Betriebsmitteln), bzw. einer anderen rechtlichen Beurteilung (z.B. im Hinblick auf die Absprache der durchzuführenden Arbeiten bzw. deren Kontrollen) zu gelangen versucht.

Damit stellt er einerseits aber nur Behauptungen den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung und die daraus resultierende Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, da die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nämlich nicht befugt, an die Stelle einer schlüssigen Beweiswürdigung der belangten Behörde eine andere, wenngleich ebenso schlüssige Beweiswürdigung zu setzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300).

Andererseits hält die vom Beschwerdeführer angestrebte Bewertung der Tätigkeit des JK als selbständige Tätigkeit vor dem Hintergrund des gesamten festgestellten Sachverhaltes einer näheren Betrachtung nicht stand:

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).

Die Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) wird dann anzunehmen sein, wenn zwar die für ein "echtes" Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einem solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind. Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt - nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (z.B. Werkvertrag oder freier Dienstvertrag). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung. Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist.

Als typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung werden etwa die Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers, Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, persönliche Leistungspflicht, Beschränkung der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit, Berichterstattungspflicht, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Arbeit nur für einen oder nur eine geringe Zahl von Auftraggebern, Unternehmensbindung, Entgeltlichkeit oder direkter Nutzen der Arbeitsleistung für den Auftraggeber, Arbeit gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen (wie z.B. durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.), genannt.

Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht hingegen, dass der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert, wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288, 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).

Gegenständlich könnte - folgte man dem Beschwerdeführer - nur ein sogenannter "freier Dienstvertrag" gegeben sein. Während beim Werkvertrag ein bestimmter Erfolg geschuldet wird (der im gegenständlichen Fall auf Grund des nicht im Vorhinein vor Vertragsabschluss konkret abgesteckten Umfangs eines "Werkes" nicht vorliegt), ist beim freien Dienstvertrag die Arbeit selbst Leistungsinhalt. Ein freier Dienstvertrag unterscheidet sich von einem "echten" Dienstvertrag dadurch, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete diese Dienstleistung in persönlicher Selbständigkeit und Unabhängigkeit zu erbringen hat; es fehlen insbesondere eine dem Dienstvertrag vergleichbare Weisungsgebundenheit, die Bindung an bestimmte Arbeitszeiten und für den freien Dienstnehmer besteht die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern. Der freie Dienstvertrag ist kein solcher im Sinne des § 1151 ff ABGB, diese Bestimmungen sind nicht unmittelbar anzuwenden; er begründet kein Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis. Wer somit den Ablauf der Arbeit selbständig regeln und jederzeit ändern kann, wer durch Vertretungsmöglichkeiten selbst über Prioritäten im Einsatz seiner Arbeitskraft entscheiden kann, ist nicht Arbeitnehmer (eines "echten" Dienstvertrages) sondern freier Dienstnehmer. Freie Dienstnehmer unterliegen grundsätzlich nicht dem AuslBG (vgl. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288).

Im gegenständlichen Fall war JK aber sowohl hinsichtlich der Arbeitszeit, als auch dem arbeitsbezogenen Verhalten nicht frei, eine persönliche Arbeitspflicht war gegeben. Dass eine Arbeitszuweisung im Einzelfall und eine Kontrolle der Tätigkeit (z.B. Rasenmähen) stattfand, wurde in gewissem Umfang festgestellt. Der Beschwerdeführer lässt außer Acht, dass dann, wenn sich - wie im vorliegenden Fall - die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus wissen sollte, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat, sich das nach der

verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten äußert ("stille Autorität des Arbeitgebers"), die der Beschwerdeführer nach den Feststellungen auch ausgeübt hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026). Der direkte Nutzen aus der Tätigkeit des JK kam der A-Hotel GmbH zu.

Zwar ist der Beschwerdeführer grundsätzlich im Recht, dass bei der Art der gegenständlichen Hausbetreuungstätigkeiten das Merkmal der Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers ohne Aussagekraft ist, jedoch sprechen auch die Regelmäßigkeit und längere Dauer (mehr als zehn Monate bis zur Betretung) und die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers für die Unselbständigkeit. Die dem JK entstandenen Aufwendungen für die Arbeitsmittel wurden vom Hotel A-Hof "refundiert"; das bedeutet, sie wurden über das dem JK zustehende Entgelt hinausgehend gesondert abgegolten. Wie der Beschwerdeführer bei diesem Sachverhalt (die Passage betreffend Refundierung des Kaufpreises von Arbeitsmitteln ist sogar in seiner auszugsweisen Zitierung des festgestellten Sachverhaltes erwähnt) zur nicht näher ausgeführten Behauptung gelangt, JK sei der "Eigentümer" dieser Arbeitsmittel, ist nicht nachvollziehbar.

Die belangte Behörde ist weiters zu Recht davon ausgegangen, dass JK nicht über eigene Betriebsmittel verfügte (der private Pkw, mit dem JK zur Arbeit anreiste, ist nicht als solches Betriebsmittel anzusehen). JK trat nach den Feststellungen weder werbend am Markt auf noch verfügte er über eine unternehmerische Infrastruktur (nicht einmal ein - heute selbstverständliches - "Handy"). Eine Erreichbarkeit ausschließlich über das Festnetz des A-Hotels ist keinesfalls als unternehmerische Infrastruktur zu werten. Er war an der Adresse seiner Gewerbeanmeldung in W nie aufhältig ("Scheinmeldung"), sondern wohnte unentgeltlich im A-Hof.

Dass JK auch von drei anderen Personen Aufträge (insgesamt sechs) erhalten hat, tritt im Hinblick auf die festgestellte Tätigkeit für das Hotel A-Hof im Ausmaß von 40 Stunden/Woche und dem im Verhältnis zur Entlohnung im Hotel A-Hof geringen Entgelt für die diesen drei Personen geleisteten Arbeiten in den Hintergrund. JK hat damit im Tatzeitraum von mehr als zehn Monaten eine Tätigkeit nur für eine überschaubare Zahl von Auftraggebern, aber nicht für den "Markt" angestrebt.

Da der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Wien, am 1. Juli 2010