

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.03.2011

Geschäftszahl

2011/09/0029

Beachte**Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

2011/09/0035 E 24. März 2011

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Perauer, über die Beschwerde des W, vertreten durch Dr. Eckhard Tasler, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Klosterstraße 3/5, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 5. Jänner 2011, Zl. VwSen-252280/10/Lg/Ba/Sta, 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 5. Jänner 2011 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit nach außen vertretungsbefugtes Organ der O GmbH in L, die unbeschränkt haftender Gesellschafter der O GmbH & Co KG in L sei, zu verantworten, dass von dieser Gesellschaft der sudanesischer Staatsangehöriger MJ vom 31. Oktober 2008 bis 12. Dezember 2008 als Zusteller beschäftigt worden sei, obwohl für diesen keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides fasste die belangte Behörde (teils in wörtlicher Wiedergabe, teils in Zusammenfassung des wesentlichen Inhaltes) den Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 7. April 2009, die beigelegte "Zustellvereinbarung, abgeschlossen zwischen der O GmbH & Co KG als Auftraggeber und MJ, ein Tarifblatt zur Zustellvereinbarung, die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 29. Juli 2009 und die Aussage des MJ in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde zusammen. Sie stellte als Sachverhalt fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Die Aufgabe des Ausländers bestand darin, Zeitungen von Montag bis Samstag um ca. 03.30 Uhr von einer bestimmten Stelle abzuholen und in einem ihm zugeteilten Rayon an vorgegebenen Adressen bis 06.00 Uhr zuzustellen. Aus dieser Festlegung resultierte auch die Stückzahl der zuzustellenden Zeitungen.

Der dieser Tätigkeit zu Grunde liegende Vertrag wurde zwischen dem Gebietsleiter und dem Ausländer abgeschlossen, und zwar in der Form, dass der Ausländer eine Vertragsschablone (die sogenannte 'Zustellvereinbarung') unterschrieb. Der Vertrag war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Keineswegs war es so, dass jedem einzelnen Zustellvorgang ein gesonderter Vertrag zu Grunde lag.

Die Bezahlung erfolgte monatlich gemäß den vorausbestimmten Tarifen nach Stückzahl. Die Stückzahl wurde seitens des Gebietsleiters der Zentrale bekannt gegeben, die die monatliche Auszahlung des Lohns veranlasste, ohne dass seitens des Ausländers eine Rechnungslegung erfolgt wäre.

Über eine eigene Betriebsstätte verfügte der Ausländer nicht. Das einzige Betriebsmittel war ein (von einem Freund geborgter) Pkw.

Eine selbst bestimmte Vertretung des Ausländers gab es nicht. Vielmehr sorgte das Unternehmen im Fall der Verhinderung mittels Springern für die Versorgung des Rayons.

Ein Konkurrenzverbot bestand nicht. Der Ausländer war gleichzeitig für ein anderes Unternehmen tätig.

Für die Versicherung (nach dem GSVG) hatte der Ausländer selbst zu sorgen.

Eine Kontrolle erfolgte zumindest insofern, als bei Reklamationen seitens der Kunden (die bei Zustellmängeln von Tageszeitungen in hohem Ausmaß wenn nicht sogar so gut wie lückenlos zu erwarten sind) eine Verständigung des Ausländers mittels des täglichen Adresszettels erfolgte."

Rechtlich gelangte die belangte Behörde zum Ergebnis, dass ein Fall der Arbeitnehmerähnlichkeit und somit eine Beschäftigung des MJ im Sinne des AuslBG vorliege.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes, dass der Ausländer MJ von der O GmbH & Co KG (in der Folge: O G) in einem nach dem AuslBG bewilligungspflichtigen arbeitnehmerähnlichen Verhältnis verwendet worden sei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bereits wiederholt die maßgeblichen Grundsätze für die Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit klargestellt und auch zur Werbemittelverteilung bzw. der Verwendung von Ausländern als Werbemittelverteiler eindeutig Stellung genommen. Diese Rechtsprechung gilt gleichermaßen für Zeitungszusteller. Es genügt daher - zur Vermeidung unnötiger Wiederholung - gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf die Begründung dieser Entscheidungen zu verweisen (vgl. etwa die bereits im hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195, referierte Vorjudikatur und das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0105).

Sollte sich der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen, das sich im Wesentlichen auf den Inhalt der Zustellvereinbarung stützt, gegen die Beweiswürdigung wenden, werden nur Behauptungen den Feststellungen der belangten Behörde gegenübergestellt, ohne dass dargelegt würde, aus welchen konkreten Gründen die Beweiswürdigung 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 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).

Geht man vom festgestellten Sachverhalt und von den Grundsätzen der mit den zitierten Erkenntnissen vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195, u.a. aufgezeigten Judikatur aus, dann vermag der Beschwerdeführer keinen wesentlichen Umstand aufzuzeigen, der die Beurteilung der belangten Behörde, der Ausländer sei nach dem wirtschaftlichen Gehalt seiner tatsächlichen Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt worden, im Ergebnis als rechtswidrig erscheinen ließe.

Die belangte Behörde hat die für und gegen das Vorliegen einer Beschäftigung nach dem AuslBG sprechenden Sachverhaltselemente, und die Bestimmungen der "Zustellvereinbarung" in ihre Gesamtbetrachtung einbezogen und beurteilt. Sie hat zu Recht aufgezeigt, dass der urkundliche Vertrag der tatsächlichen Verwendung des Ausländers nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens nicht entsprochen hat. Diesem wesentlichen Umstand (wonach der Vertrag eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung des Ausländers offenbar verschleiern sollte) setzt der Beschwerdeführer konkret nichts entgegen.

Von allen von der belangten Behörde beurteilten Abgrenzungsmerkmalen (z.B. für die Arbeitnehmerähnlichkeit sprechende Umstände: die Unkenntnis über das Recht, Vertreter zu bestimmen, solche wurden de facto von der O G bestimmt; keine "unbegrenzte Zahl" von Arbeitsverhältnissen des MJ, sondern Arbeit nur für die O G und einen weiteren Auftraggeber; keine Rechnungslegung durch den Ausländer sowie kein Einfluss auf die Gestaltung des Entgeltes; einfache manipulative Tätigkeiten, die gattungsmäßig im Vorhinein bestimmt waren und in einem engen zeitlichen Rahmen zu leisten waren; Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Ausländers bei der Gestaltung der Tätigkeit auf ein Minimum; trotz der einfachen Tätigkeit gewisse Kontrolle der Durchführung der Zustellung durch Anbringen einer Verständigung für MJ nach Reklamation eines Kunden; keine eigene Betriebsstätte des Ausländers. Gegen die Arbeitnehmerähnlichkeit sprechende Umstände: eigenes Betriebsmittel des Zustellers (hier im Wesentlichen: ausgeliehener PKW eines Freundes); fehlendes Konkurrenzverbot) - die jeweilige Beurteilung ist nicht als rechtswidrig zu erkennen - ist Folgendes besonders hervorzuheben:

Der Beschwerdeführer übersieht, dass dem Ausländer auf Grund der Einbindung in die betriebliche Organisation (von der O G wurde festgelegt, in welchem Gebiet, dort an welchen Adressen, bis zu zeitlich besonders eng bemessenen, vorbestimmten Endterminen, zuzustellen sei, wo und wann die Zeitungen abzuholen seien; das Entgelt wurde sowohl den Grundlagen für die Berechnung nach im Vorhinein einseitig von der O G bestimmt als auch der individuellen Höhe nach im Nachhinein von der O G berechnet) de facto kaum mehr ein Gestaltungsspielraum verblieb.

Wenn sich - wie im vorliegenden Fall bei derart einfachen Tätigkeiten wie der Zustellung von Zeitungen nach vorgegebenen Richtlinien - die Erteilung von Weisungen bezüglich des arbeitsbezogenen Verhaltens weitgehend erübrigt, weil der Arbeitnehmer von sich aus weiß, wie er sich bei seiner Tätigkeit zu bewegen und zu verhalten hat, dann äußert sich das nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung an sich unterscheidungskräftige Merkmal des Weisungsrechtes in Form von Kontrollrechten ("stille Autorität des Arbeitgebers"), die der Beschwerdeführer nach den Feststellungen (Verständigung nach Reklamation) auch ausgeübt hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026).

Hinzu kommt noch, dass MJ zwei Tage vom Gebietsleiter "eingeschult" wurde, das für die Zustellung in Hochhäusern unentbehrliche "Werkzeug" Generalschlüssel von der O G zur Verfügung gestellt bekam und der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen war.

Demgegenüber kommt dem eigenen Betriebsmittel des MJ in der Form eines ausgeliehenen Pkw's und dem bei derartigen Hilfstätigkeiten nahezu bedeutungslosen Umstand, dass kein Konkurrenzverbot bestand, nur untergeordnete Bedeutung zu.

Davon ausgehend ist die belangte Behörde ohne das Gesetz zu verletzen zum Ergebnis gelangt, dass der objektive Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG verwirklicht wurde.

Im Übrigen ist dem Beschwerdeführer auf sein Vorbringen, das sich auf den Inhalt der mit MJ geschlossenen "Zustellvereinbarung" und einzelnen darin aufgenommenen Vertragsbestimmungen, die abstrakt für eine selbständige Tätigkeit sprechen, stützt, zu entgegnen:

Anders als bei der zivilen Betrachtung, ob gemäß § 861 ABGB ein Vertrag gültig zu Stande gekommen ist, wo der objektive Erklärungswert im Vordergrund steht, kommt es zur Beurteilung, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt, auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt an (vgl. das bereits zitierte Erkenntnis vom 25. Februar 2004, u.v.a.). Der Beschwerdeführer beruft sich auf die in der Zustellvereinbarung enthaltenen Bestimmungen. Für den Umstand, ob das mit einem solchen Vertrag von den Vertragsparteien Erklärte mit dem von ihnen wirtschaftlich Gewollten übereinstimmt, ist notwendige Voraussetzung, ob beide Vertragsparteien in der Lage waren, den Vertragsinhalt und dessen Konsequenzen zu verstehen.

Selbst bei einer rein zivilrechtlichen Betrachtung wäre es möglich, dass der Irrtum einer Partei auch durch das Schweigen des Gegners beachtlich werden kann. Dieses kann sogar Arglist beinhalten, wenn der Schweigende eine ihm obliegende Aufklärungspflicht verletzt, obwohl er weiß, dass der andere irrt. In gleicher Weise genügt zum "Veranlassen" im Sinne des § 871 ABGB erster Fall jedes für die Entstehung des Irrtums ursächliche Verhalten, sodass der Irrtum auch durch die Unterlassung einer nach der Verkehrsanschauung erforderlichen Aufklärung veranlasst werden kann (vgl. das Urteil des OGH vom 12. Dezember 1974, 7 Ob 246/74, mwN).

Die dargestellten Aussagen über den Irrtum als Vertragsanfechtungsgrund müssen umso mehr in einem Verfahren gelten, in dem es nicht einmal darauf ankommt, die Gültigkeit des Vertrages zu prüfen, sondern darauf, wie dieser Vertrag tatsächlich wirtschaftlich "gelebt" wird.

Dass der Zeitungszusteller von sich aus nicht danach strebte, als Selbständiger in Österreich tätig zu sein, ist dem Verwaltungsakt nicht zu entnehmen. Der Ausländer hatte de facto den Vertragsinhalt auch in wesentlichen Punkten nicht verstanden, wie seine Angaben etwa zur Vertretung, zur Rechnungslegung und zur steuerlichen Behandlung zeigen.

Bei einem Ausländer, der - wie hier - als Asylwerber erst (relativ) kurze Zeit in Österreich aufhältig ist, dessen Muttersprache nicht deutsch ist, und der Vertragspartner eines wirtschaftlich dominanten Unternehmens, das einen von ihm verfassten "Werkvertrag" zur Annahme anbietet, werden soll, ist unter Berücksichtigung seiner einfachen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse eine in verständlicher Weise (allenfalls auch in der Muttersprache des Ausländers) erfolgende Aufklärung seitens der wirtschaftlich dominanten Vertragsanbieterseite, d.i. hier die O G, über Inhalt und Konsequenzen des von ihr verfassten Vertrages zu fordern.

Eine solche Aufklärung wurde vom Beschwerdeführer nicht behauptet und ist nach den Angaben des MJ auch nicht erfolgt.

Nur am Rande sei erwähnt, dass sich in der vorgelegten in deutscher Sprache verfassten Zustellvereinbarung Rechtsbegriffe wie "Arbeits- und Werkvertragsverhältnisse, Arbeitsbewilligungen, Tätigkeit auf steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichem Gebiet, Honorarabrechnung etc." sowie Verweise auf die "österreichische Rechtslage" und § 11 Abs. 7 und 8 Umsatzsteuer-Gesetz finden, die zu verstehen fundierte Kenntnis der österreichischen Rechtsordnung voraussetzt.

Damit ist den auf das Vorliegen eines "Werkvertrages" zielenden Argumenten des Beschwerdeführers der Boden entzogen, weil MJ die Bestimmungen im Zustellvertrag und deren Bedeutung ohne die erforderliche ausreichende Erläuterung nicht verstanden hat; er befand sich auf Grund der mangelhaften Aufklärung durch die Vertragsanbieterseite in einem von dieser Seite veranlassten Irrtum über die Bedeutung des Vertrages.

Soweit der Beschwerdeführer das Vorliegen der subjektiven Tatseite in Zweifel zieht, und sich auf eine "vertretbare Rechtsansicht" bzw. auf eine vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vertretene Rechtsansicht (zu der der Beschwerdeführer jedoch in der Beschwerde nicht darlegt, auf welchem konkreten wahren wirtschaftlichen Sachverhalt sie beruht) stützt, genügt es, ihn auf die zu einem vergleichbaren Vorbringen der dortigen Beschwerdeführer ergangenen Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes in den Erkenntnissen vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195, und vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0105, gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG zu verweisen.

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 24. März 2011