

**Gericht**

Landesverwaltungsgericht Wien

**Entscheidungsdatum**

28.04.2014

**Geschäftszahl**

VGW-041/028/5319/2014

**Text****IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Mag. Zotter nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung über die Beschwerde (vormals Berufung) des Herrn Klaus K., vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 16. Bezirk, vom 6.5.2013, Zl. S 1858/13, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, gemäß § 50 VwGVG zu Recht erkannt:

**I.**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

**II.**

Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens von 560 Euro zu zahlen, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe.

**III.**

Dem Beschwerdeführer wird die Verpflichtung auferlegt Barauslagen (Dolmetschkosten) in Höhe von 89 Euro zu ersetzen.

**IV.**

Gegen diese Entscheidung ist die ordentliche Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Der Magistrat der Stadt Wien erließ gegen den nunmehrigen Beschwerdeführer ein Straferkenntnis mit folgendem Spruch:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der K. GmbH mit Sitz in Wien, K. Platz zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeber/in am 22.12.2012 gegen 17:35 Uhr in S., St.-straße, Österreich den Ausländer H. F., geboren 1976, rumänischer Staatsbürger, mit dem Abwaschen von Geschirr von zumindest 12.12.2012 bis 22.12.2012 beschäftigt hat, obwohl für diesen weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4 und § 4c Ausländerbeschäftigungsgesetz), oder Zulassung als Schlüsselkraft („ 12 bis 12c leg.cit.) oder eine Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5 leg.cit.) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a leg.cit.), oder ein Befreiungsschein (§ 15 und § 4c leg.cit.) oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ (§ 41a Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG“) oder ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 Fremdenengesetz 1997 – FrG) ausgestellt wurde.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 28 Abs. 1 Ziffer 1 lit.a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 25/2011 in Verbindung mit § 3 leg.cit.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 2.800,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 16 Stunden gemäß § 28 Abs. 1 Ziffer 1 lit.a zweiter Strafsatz AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der geltenden Fassung.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 280,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10 % der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 3.080,00.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die K. GmbH haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn Klaus K. verhängte Geldstrafe von € 2.800,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 280,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.“

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde. Der Beschwerdeführer bringt vor, es sei ihm in dieser Zeit aufgrund der Folgen eines im Sommer 2012 erlittenen schweren Verkehrsunfalles teilweise nicht möglich gewesen, sich entsprechend um die Agenden der von ihm vertretenen GmbH zu kümmern. Herr H. sei als rumänischer Staatsbürger aufrecht in Österreich gemeldet. Er sei selbständig tätig und verfüge über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für die Reinigung von Industriegeschirr, Backformen und Stikkenwägen unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit gemäß § 340 Abs. 1 der Gewerbeordnung. Seitens der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft sei mit dem Genannten ein Kooperationsvertrag abgeschlossen worden, wonach der Gewerbeinhaber F. H. nach Bedarf Geschirreinigung in einem Unternehmen der K. GmbH durchführe und zwar zu einem Preis von 8 Euro pro Stunde. Es sei vereinbart gewesen, dass die Abrechnung wöchentlich nach Rechnungslegung bar vorgenommen werde. Herr H. habe im fraglichen Zeitraum entsprechende Honorarnoten gelegt, welche auch in der Buchhaltung der K. GmbH Eingang gefunden hätten und selbstverständlich auch bezahlt worden seien. Aus diesem Grund verfüge Herr H. auch über eine Anmeldebescheinigung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz. Beantragt wird das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben.

Das gegen den Beschwerdeführer eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren stützt sich auf einen Strafantrag des Finanzamtes Ho.. Laut der darin enthaltenen Sachverhaltsdarstellung sei der rumänische Staatsangehörige H. F. anlässlich einer Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetzes am 22.12.2012 gegen 17:35 Uhr im Restaurant E. in S., St.-straße, beim Geschirrabwaschen arbeitend angetroffen worden, ohne im Besitz einer gültigen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung zu sein. Er sei auch zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht ordnungsgemäß beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet gewesen. Er habe angegeben für das Restaurant selbständig tätig zu sein. Nach den Ermittlungen sei jedoch von keiner Selbständigkeit auszugehen, sondern von einem bewilligungspflichtigen Dienstverhältnis.

Dem Strafantrag ist ein vom angetroffenen F. H. ausgefülltes Personenblatt angeschlossen. Darin hat er angegeben, seit 12.12.2012 von Mittwoch bis

Sonntag im Restaurant E. von 15:00 Uhr bis 23:00 Uhr mit dem Reinigen von Geschirr beschäftigt zu sein. Er bekomme 8 Euro pro Stunde bezahlt. Laut einigen, dem Strafantrag angeschlossenen handschriftlichen Aufzeichnungen, sei der Angetroffene von Mittwoch bis Sonntag zwischen 15:00 Uhr und 21:30 Uhr bis 23:00 Uhr bzw. am Sonntag zwischen 12:00 Uhr und 19:30 Uhr tätig gewesen.

Im Akt liegt ein Auszug aus dem Gewerberegister ein, wonach Herr F. H. am 22.5.2012 das Gewerbe „Reinigung von Industriegeschirr, Backformen, Stikkenwägen unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ angemeldet hat. Er ist beim Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern unter der Steuernummer ... erfasst. Seit 1.4.2012 ist er laufend als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert.

Im beschwerdeverfahren hat das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

Der Beschwerdeführer gab Folgendes an:

„Ich bin handelsrechtlicher Geschäftsführer der K. GmbH. Zum hier fraglichen Zeitpunkt wurden drei Restaurants betrieben. Eines davon am gegenständlichen Standort. Die GesmbH hatte seinerzeit circa 50 Dienstnehmer. Am Standort in S. waren circa 12 bis 14 Leute beschäftigt und zwar als Kellner und in der Küche. Der verfahrensgegenständliche Vertragspartner war als Einziger mit einem Kooperationsvertrag wie vorgelegt tätig. Es waren auch andere Küchenhilfskräfte beschäftigt. Während die angestellten Küchenhilfskräfte zeitlich unbegrenzt tätig waren, wurde Herr F. nur vorübergehend eingesetzt und zwar bei großen Veranstaltungen, wie etwa in der Vorweihnachtszeit. Herr F. war nur in der Vorweihnachtszeit, also im Dezember 2012, für uns tätig. Es war aber im Dezember auch nicht täglich für uns tätig, sondern wurde er bei Bedarf gefragt, ob er Zeit hat.

Die mir gezeigte Liste enthält jene Zeiten, in denen Herr F. für uns tätig war. Seine Aufgaben bestanden im Geschirrabwaschen. Die Entlohnung erfolgte nach geleisteten Arbeitsstunden. Ein Krankheitsfall kam nicht vor. Die Abrechnung erfolgte mit ihm persönlich und wurde er bar ausbezahlt. Da die Veranstaltungen am Abend waren, kam er jeweils ab 15.00 Uhr zum Einsatz. Soweit ich mich erinnere, waren an den hier angeführten Tagen Weihnachtsfeiern und war auch einmal eine Hochzeit. Wie es zur Tätigkeit von Herrn F. bei uns gekommen ist, weiß ich nicht genau. Es kann sein, dass der Kontakt über das in S. tätige Personal zu Stande kam. Herr F. hat das Vertragsformular schon vorausgefertigt

mitgebracht und habe ich es unterschrieben. Die Arbeitsmittel wurden vom Betrieb beigestellt. Man ging davon aus, dass Herr F. die Arbeitsleistung persönlich erbringt. Arbeitskleidung hat er selbst mitgebracht, alles andere wurde vom Betrieb beigestellt.“

F. H. und Alexander Hr. wurden als Zeugen einvernommen. Sie machten folgende Angaben:

F. H.:

„Ich kenne den Beschwerdeführer aufgrund meiner Tätigkeit im Restaurant in S. in der St. Straße. Ich war dort ungefähr ein Monat tätig und zwar bis Ende Dezember 2012. Zu dieser Tätigkeit bin ich über ein Inserat im Kurier gekommen, darin wurde für das Restaurant E. ein Abwäscher gesucht. Ich war dann bei einem Vorstellungstermin. Ich habe mich dann beim Küchenchef in diesem Restaurant, Herrn B., vorgestellt. Mit diesem habe ich dann vereinbart, dass ich für den Fall, dass Bedarf besteht, verständigt werde. Mit Herrn B. habe ich besprochen, wie viele Stunden in der Woche ich ungefähr benötigt werde, das waren 30 bis 40 Stunden in der Woche und waren 8 Euro pro Stunde brutto als Entlohnung ausgemacht. Meine Aufgabe bestand darin, sämtliches Geschirr zu reinigen. Sonstige Reinigungsarbeiten hatte ich nicht zu übernehmen. Ich wurde auch danach gefragt, ob ich sonstige Küchenhilfstätigkeiten machen darf und habe ich das aufgrund des Umfangs meine Gewerbeberechtigung verneint. Ich war dann circa ein Monat lang von Mittwoch bis Sonntag ab 15.00 Uhr bis circa 22.00 Uhr bis 24.00 Uhr tätig. Montag und Dienstag war weniger zu tun und hatte ich daher frei. Die Reinigungsmittel waren im Betrieb vorhanden. Ich habe nur meine Arbeitskleidung selbst mitgebracht. Ich habe dann wöchentlich mit dem Küchenchef abgerechnet, indem ich für die geleisteten Arbeitsstunden bar ausbezahlt wurde. Ich habe dann jeweils eine Rechnung im Betrieb hinterlassen. Die Arbeitsleistung hatte ich persönlich zu erbringen. Das Vertragsformular wie es vorliegt, habe ich selbst vorgelegt. Die mir gezeigten Aufzeichnungen wurden von mir angefertigt, das waren meine Stundenaufzeichnungen. Diese Aufzeichnungen habe ich dann bei der Auszahlung dem Verantwortlichen übergeben. Herr B. war in S. Restaurantverantwortlicher und ein gewisser Herr D. war der Küchenchef.“

Alexander Hr.:

„Ich bin seit dem Jahr 2010 Kontrollbeamte bei der Abgabenbehörde. An die gegenständliche Kontrolle habe ich noch eine ungefähre Erinnerung. Den Anlass für die Kontrolle weiß ich nicht mehr. Der beanstandete Dienstnehmer wurde in der Küche beim Geschirrabwaschen angetroffen. Die im Strafantrag enthaltenen Angaben wurden aufgrund eines Gespräches mit dem Angetroffenen selbst ermittelt. Ebenso wurden Unterlagen vorgelegt. Es wurde ein Gewerbeschein und ein Reisedokument vorgelegt. Strafantrag wurde deshalb gelegt, weil die vorgelegten Unterlagen daraufhin gedeutet haben, dass hier eine Umgehung des AuslBG vorgelegen hat. Der Angetroffene war als Geschirrabwäscher tätig. Was der Angetroffene angegeben hat, betreffend eine fehlende Bewilligung, weiß ich jetzt nicht mehr. Mit einem Verantwortlichen im Restaurant habe ich nicht gesprochen. Zum Zeitraum der Tätigkeit sind wir aufgrund der Angaben des

Angetroffenen im Personenblatt gekommen. Ich persönlich habe in die im Akt einliegenden Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten nicht Einsicht genommen. Ich habe keine Erinnerung daran, dass ein Kooperationsvertrag vorgelegt wurde.“

Auf Grundlage der aufgenommenen Beweise steht nachfolgender Sachverhalt fest:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der K. GmbH mit Sitz in Wien, K. Platz. Diese Gesellschaft betrieb im Jahr 2012 am Standort S., St.-straße, das Restaurant E.. Der rumänische Staatsangehörige F. H. war dort von 12.12.2012 bis mindestens 22.12.2012 von Mittwoch bis Sonntag jeweils ab 15:00 Uhr bis 21:30 Uhr und 23:00 Uhr mit dem Reinigen von Geschirr beschäftigt. Er erhielt 8,00 Euro pro Stunde in bar ausbezahlt. Vor Aufnahme der Tätigkeit wurde von ihm und einem Vertreter der K. GmbH ein Kooperationsvertrag unterfertigt. Danach verpflichtet sich Herr H. zur Reinigung von Geschirr in einer je nach Bedarf anfallenden Arbeitszeit nach Stunden pro Woche während des laufenden Betriebes. Sein Tätigkeitsbereich umfasst das Reinigen sämtlichen Geschirrs, das Reinigen der Arbeitsgeräte, Backformen und Stickenwägen sowie die Reinigung der Arbeitsflächen laut Gewerbeschein. Laut dem Vertragstext sollte Herr H. das eigene Reinigungsmaterial zur Verfügung stellen. Der Kooperationsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit mit einer siebentägigen Kündigungsfrist abgeschlossen. Als Preis wurden 8 Euro brutto pro Stunde vereinbart, das nach Rechnungslegung in bar ausbezahlt ist. Tatsächlich wurden die Reinigungsmittel von der K. GmbH zur Verfügung gestellt und hat Herr H. die eigene Arbeitskleidung mitgebracht. Für die Tätigkeit hat keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorgelegen und war der Genannte nicht beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet sondern als gewerblich Selbständiger bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert. Am 22.5.2012 hat er das oben angeführte Gewerbe angemeldet. Er war gegenüber der K. GmbH zur persönlichen Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet.

Diese Feststellungen stützen sich auf die anlässlich der Betriebskontrolle vorgelegten Unterlagen bzw. die dort vom angetroffenen F. H. gemachten

Angaben. Der Tätigkeitszeitraum folgt aus den Angaben von Herrn H. sowohl anlässlich der Kontrolle als auch in der mündlichen Verhandlung. Die näheren Umstände der Tätigkeit erfolgen ebenfalls aus den Angaben von Herrn H. in der mündlichen Verhandlung, sie blieben vom Beschwerdeführer im Wesentlichen unwidersprochen bzw. wurden von diesem bestätigt.

Rechtlich ergibt sich Folgendes:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) lauten wie folgt (auszugsweise):

#### Begriffsbestimmungen

§ 2 (2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

#### Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

#### Strafbestimmungen

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu

bestrafen,

1. wer

a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, oder

.....

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro;

Im Verfahren wurde vorgebracht, der verfahrensgegenständliche Ausländer sei im Rahmen einer Gewerbeberechtigung selbständig erwerbstätig gewesen, weshalb keine Bewilligungspflicht nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und keine Anmeldepflicht nach dem ASVG bestanden habe.

Die typischen Merkmale eines Arbeitsverhältnisses sind die Unselbstständigkeit (persönliche Abhängigkeit) des Arbeitnehmers (der Arbeitnehmer ist an Weisungen des Arbeitgebers, den Arbeitsort und die Arbeitszeit gebunden, ist im Betrieb des Arbeitgebers organisatorisch eingebunden und unterliegt seiner Kontrolle; eine Vertretung durch eine andere Person ist zumeist ausgeschlossen), die Entgeltlichkeit, der Dauercharakter, und die Personenbezogenheit (Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen in einem besonderen personellen Bezug, es bestehen wechselseitige Treue- und Fürsorgeverpflichtungen).

Arbeitnehmerähnliche Verhältnisse liegen bei Personen vor, die ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind. Kennzeichnend für die arbeitnehmerähnliche Person ist die trotz größerer persönlicher Selbstständigkeit wirksame wirtschaftliche Unselbstständigkeit. Nach der Rechtsprechung des



Verwaltungsgerichtshofes sind typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbstständigkeit

1. die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers;
2. eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit;
3. die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung;
4. Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, stille Autorität);
5. die Berichterstattungspflicht;
6. die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers;
7. das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer;
8. die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten im Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot);
9. die Entgeltlichkeit und
10. die Frage wem die Arbeitsleistung zu Gute kommt.

Bei der Beurteilung müssen nicht alle Kriterien, welche möglicherweise zur Bestimmung der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit relevant sein könnten, verwirklicht sein; sie müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden. Bei der Beurteilung des konkreten und genau 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 Unselbstständigkeit 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 den Regeln des beweglichen Systems, indem 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 durch 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.

Ein Werkvertrag liegt der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit, handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtungen des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt auf solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerhaftes Bemühen geschuldet wird, das Bereichern des angestrebten Zieles auch kein Ende findet, spricht es ebenfalls gegen einen Werkvertrag. Einfache Hilfsarbeiten stellen kein selbständiges Werk dar und können daher auch nicht Inhalt eines Werkvertrages sein (VwGH 23.11.2005, Zl. 2004/09/0168).

Im vorliegenden Fall hat der Ausländer Küchenhilfsarbeiten in Form von Reinigen von Geschirr durchgeführt. Dabei handelt es sich um Tätigkeiten, die üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden. Der Ausländer hat Arbeitsmittel des Auftraggebers verwendet und diesem nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Bei der Tätigkeit handelt es sich um einfache Hilfsarbeiten, die nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kein selbständiges Werk darstellen können. Der vorgelegte Kooperationsvertrag ist auch nicht darauf ausgerichtet, dass der Ausländer einen bestimmten Erfolg schuldet, sondern eher ein fortdauerndes Bemühen. Er wurde nach geleisteten Arbeitsstunden entlohnt und hat seine

Tätigkeit im Betrieb des Unternehmers verrichtet. Die Tätigkeit wurde regelmäßig erbracht und war der Ausländer zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung verpflichtet. Die Arbeit wurde – wie bereits angeführt - mit Arbeitsmitteln des Unternehmers durchgeführt, der Ausländer hat lediglich die Arbeitskleidung selbst mitgebracht. Die Arbeitsleistung ist ausschließlich dem Auftraggeber zu Gute gekommen. Das Vorbringen, wonach der Ausländer im Gegensatz zu den sonstigen Küchenhilfskräften nur vorübergehend zum Einsatz kam, widerspricht nicht der Annahme, dass es sich hier um ein Arbeitsverhältnis handelt, das zur Bewältigung eines vorübergehenden höheren Arbeitsanfalles eingegangen wurde. Der Umstand, dass der Ausländer das oben angeführte Gewerbe angemeldet hatte, hat auf die Annahme, dass es sich hier um ein zumindest arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt, keinen Einfluss. Ebenso wenig vermag die Tatsache, dass der Ausländer bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert war, der Annahme eines bewilligungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses entgegen stehen. Das Vorliegen sämtlicher Elemente eines Arbeitsvertrages ist überdies nicht erforderlich, um von einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG auszugehen.

Nach dem Gesagten liegt somit eine Beschäftigung des Ausländers im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vor, für die gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG eine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung erforderlich gewesen wäre. Der Beschwerdeführer war als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung der Arbeitgeberin nach außen Berufener für die bewilligungslose Beschäftigung des Ausländers strafrechtlich verantwortlich.

Übertretungen der gegenständlichen Art sind Ungehorsamsdelikte. In diesen Fällen ist es jeweils am Beschuldigten gelegen glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift, der er zuwider gehandelt hat, kein Verschulden trifft, widrigenfalls die Behörde berechtigt ist, fahrlässige Begehung ohne weiteres anzunehmen (§ 5 Abs. 1 2 Satz VStG).

Diesbezüglich wurde in der Beschwerde vorgebracht, der Beschwerdeführer sei aufgrund eines im Sommer 2012 erlittenen Verkehrsunfalles nicht in der Lage

gewesen, sich ausreichend um die Angelegenheiten der GmbH zu kümmern. Damit ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen, mangelndes Verschulden darzutun. Abgesehen davon, dass er den gegenständlichen Kooperationsvertrag mit dem Ausländer persönlich unterfertigt hat, ist es an ihm gelegen, für den Fall seiner Verhinderung entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, die sicherstellen, dass auch während dieser Zeit die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden. Welche Maßnahmen der Beschwerdeführer diesbezüglich getroffen hat, hat er nicht dargelegt. Es trifft ihn daher jedenfalls der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens.

Zur Strafbemessung bestimmt § 19 VStG FolgendeS.

§ 19. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt ein Mal rechtskräftig wegen der unberechtigten Beschäftigung von nicht mehr als drei Ausländern bestraft. Es kommt daher der zweite Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG mit einem Strafrahmen von 2.000 Euro bis 20.000 Euro je unberechtigt beschäftigtem Ausländer zur Anwendung.

Die Behörde hat die Geldstrafe demnach im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens festgesetzt.

Jede Verletzung der zwingenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes schädigt in erheblichem Ausmaß staatliche und

privatwirtschaftliche Interessen, die im Bereich einer Verzerrung des Arbeitsmarktes hinsichtlich des Arbeitskräfteangebotes, des Lohndumpings, der Hinterziehung von Steuern und Abgaben, sowie eines primären Zuganges inländischer Arbeitskräfte zum Arbeitsmarkt liegen. Ferner steht die illegale Beschäftigung einzelner ausländischer Arbeitnehmer auch den Gesamtinteressen aller ausländischen Arbeitskräfte entgegen, da wesentliche Schutzbestimmungen des Arbeits- und Sozialrechtes bei der verbotenen Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften keine Anwendung finden. Der Unrechtsgehalt der Tat ist daher nicht gering.

Selbst wenn man beim Ausmaß des Verschuldens eine bloß fahrlässige Begehung berücksichtigt, ist die ohnedies im unteren Bereich des gesetzlichen Strafrahmens festgesetzte Geldstrafe nicht überhöht. Es kommen zwar keine Erschwerungsgründe zum Tragen (eine rechtskräftige einschlägige Vorstrafe wirkt strafsaterhöhend), jedoch auch keine Milderungsgründe.

Die vom Beschwerdeführer bekanntgegebenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse (1.500,00 Euro netto monatlich Einkommen, Sorgepflichten für eine Tochter, kein Vermögen) sind nicht geeignet, eine Reduzierung der in Ansehung des Strafrahmens ohnedies nicht hohen Strafe zu bewirken.

Die Verpflichtung zum Ersatz der Barauslagen stützt sich auf § 52 Abs. 3 VwGVG.

Die ordentliche Revision gegen diese Entscheidung ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Abgrenzung zwischen arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen und selbständiger Erwerbstätigkeit hat der Verwaltungsgerichtshof in einer Reihe von Erkenntnissen abschließend und einheitlich vorgenommen. Die gegenständliche

Entscheidung stützt sich ausschließlich auf diese Rechtsprechung. Darüber hinaus liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

**European Case Law Identifier**

ECLI:AT:LVWGWI:2014:VGW.041.028.5319.2014