

TE Vwgh Erkenntnis 2013/2/14 2012/08/0023

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.02.2013

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

Norm

ABGB §1152;

ASVG §33;

ASVG §4 Abs2;

1. ABGB § 1152 heute
2. ABGB § 1152 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. ASVG § 33 heute
2. ASVG § 33 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2025
3. ASVG § 33 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2016
4. ASVG § 33 gültig von 01.01.2019 bis 13.06.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
5. ASVG § 33 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 79/2015
6. ASVG § 33 gültig von 14.06.2016 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2016
7. ASVG § 33 gültig von 01.01.2016 bis 13.06.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
8. ASVG § 33 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 31/2007
9. ASVG § 33 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 33 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 152/2004
11. ASVG § 33 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
12. ASVG § 33 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 764/1996
1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005

11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2012/08/0001 E 9. Oktober 2013

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und den Hofrat Dr. Strohmayer als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der D GmbH in S, vertreten durch Dr. Klaus Plätzer, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Hellbrunner Straße 5, gegen den Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 12. Dezember 2011, Zl. 20305-V/14.912/3-2011, betreffend Beitragszuschlag gemäß § 113 ASVG (mitbeteiligte Partei: Salzburger Gebietskrankenkasse in 5020 Salzburg, Engelbert-Weiß-Weg 10), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und den Hofrat Dr. Strohmayer als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der D GmbH in S, vertreten durch Dr. Klaus Plätzer, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Hellbrunner Straße 5, gegen den Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 12. Dezember 2011, Zl. 20305-V/14.912/3-2011, betreffend Beitragszuschlag gemäß Paragraph 113, ASVG (mitbeteiligte Partei: Salzburger Gebietskrankenkasse in 5020 Salzburg, Engelbert-Weiß-Weg 10), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 24. Februar 2011 verpflichtete die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die beschwerdeführende Gesellschaft gemäß § 113 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG zur Entrichtung eines Beitragszuschlages in der Höhe von EUR 1.300,--, weil sie hinsichtlich der Beschäftigung des S. H. am 13. Jänner 2011 in ihrem Bäckereiunternehmen gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht iSd § 33 ASVG verstoßen habe. Mit Bescheid vom 24. Februar 2011 verpflichtete die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die beschwerdeführende Gesellschaft gemäß Paragraph 113, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, ASVG zur Entrichtung eines Beitragszuschlages in der Höhe von EUR 1.300,--, weil sie hinsichtlich der Beschäftigung des S. H. am 13. Jänner 2011 in ihrem Bäckereiunternehmen gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht iSd Paragraph 33, ASVG verstoßen habe.

Gegen diesen Bescheid erhob die beschwerdeführende Gesellschaft Einspruch an die belangte Behörde. Sie führte aus, dass S. H. nur einen "Probetag" absolviert habe. Er habe sich am 11. Jänner 2011 über Vermittlung des Arbeitsmarktservice vorgestellt, wobei für den 13. Jänner 2011 vereinbart worden sei, dass er mit einem anderen Dienstnehmer (bei der Warenauslieferung) mitfahren solle, um sich anzusehen, ob er für eine derartige Tätigkeit überhaupt geeignet sei und diese ausüben wolle. Zu diesem Zeitpunkt sei keinesfalls eine Mitarbeit, geschweige denn eine Anstellung, geplant gewesen; dies sollte vielmehr erst nach der Probetour entschieden werden. H. S. habe in diesem Sinn bei seiner niederschriftlichen Einvernahme am Tag der Betretung angegeben, dass er lediglich am Beifahrersitz gesessen wäre und zugeschaut hätte, was der Dienstnehmer der beschwerdeführenden Gesellschaft, P. B., mache. Auch P. B. habe dies bestätigt; H. S. hätte sich die "Tour angeschaut", umgekehrt hätte P. B. sich auch

Herrn H. S. "angeschaut", damit eben die "Firma" wisse, ob er als Dienstnehmer überhaupt geeignet sei; erst dann könnte der Chef entscheiden, ob H. S. eingestellt werden könne oder nicht. Auch der Geschäftsführer H. K. sei sofort niederschriftlich einvernommen worden und habe eine damit übereinstimmende Aussage gemacht. Eine "Firma" müsse vor der Einstellung eines Dienstnehmers prüfen können, ob er für die Position überhaupt tauglich sei, und umgekehrt müsse sich der Dienstnehmer die Beschäftigung "ansehen". Als Beweis bot die beschwerdeführende Gesellschaft die Einvernahme des H. S. und des P. B. "bzw. deren bereits vorliegende Aussagen" an, weiters die Einvernahme des die Kontrolle durchführenden Finanzbediensteten zum Beweis dafür, "dass die genannten Zeugen bzw. auch H. K. als Geschäftsführer der Einschreiterin bereits anlässlich ihrer erstmaligen Einvernahme genau diesen Sachverhalt exakt in dieser Form so geschildert haben".

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstattete einen Vorlagebericht, in dem sie ausführte, dass sich H. S. zum Zeitpunkt der Kontrolle mit einem Mitarbeiter der Dienstgeberin, P. B., im Führerhaus eines Firmenfahrzeugs der Dienstgeberin befunden habe. Er habe angegeben, dass er zur Probe arbeite bzw. sich die Arbeit angesehen habe. Dass er zur Probe arbeite, ergebe sich bereits daraus, dass P. B. angegeben habe, er sähe sich an, ob H. S. geeignet für die Arbeit wäre, um dies sodann seinem Chef zu berichten; ob H. S. geeignet wäre, könne wohl nur anhand seiner tatsächlich verübten Tätigkeit beurteilt werden. Auch in der Niederschrift spreche der Dienstnehmer klar von einem "Probetag". Für diesen hätte er bereits angemeldet werden müssen.

Diesen Vorlagebericht übermittelte die belangte Behörde der beschwerdeführenden Gesellschaft und räumte ihr mit Schreiben vom 26. September 2011 die Möglichkeit zur Stellungnahme binnen vier Wochen ab Zustellung ein.

In den vorgelegten Verwaltungsakten findet sich keine Äußerung der beschwerdeführenden Gesellschaft dazu. Mit der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof übermittelte sie aber eine Stellungnahme vom 17. Oktober, die laut (ebenfalls der Beschwerde beigelegtem) Faxbericht am selben Tag und somit binnen offener Frist der belangten Behörde zugegangen sei. In dieser Stellungnahme bestritt die beschwerdeführende Gesellschaft, dass H. S. einen Probetag absolviert habe. P. B. habe eindeutig angegeben, dass H. S. nur mitgefahren sei und selbst keine Arbeiten verrichtet habe. Wenn H. S. in seiner Niederschrift von einem "Probetag" spreche, so dürfe daraus nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass ein solcher tatsächlich vereinbart worden sei. Tatsächlich sei ein Probetag mit H. S. nie vereinbart worden, was sich zweifelsfrei aus den Aussagen der einvernommenen Personen ergebe. Abschließend beantragte die beschwerdeführende Gesellschaft (neuerlich) die Einvernahme des H. S., des P. B., des Geschäftsführers H. K. und des einschreitenden Finanzbediensteten.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 12. Dezember 2011 wies die belangte Behörde den Einspruch als unbegründet ab.

Sie verwies zunächst auf den Inhalt der Anzeige des Finanzamtes S., des erstinstanzlichen Bescheides, des Einspruchs und des Vorlageberichts sowie auf die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme mit Schreiben vom 26. September 2011, wovon die beschwerdeführende Gesellschaft jedoch keinen Gebrauch gemacht habe.

Weiter führte die belangte Behörde aus, dass die beschwerdeführende Gesellschaft ein Bäckereiunternehmen betreibe. An der Laderampe des Unternehmensstandortes sei am 13. Jänner 2011 um 9:30 Uhr durch Organe des Finanzamtes S. eine Kontrolle durchgeführt worden. Hierbei sei H. S. für die beschwerdeführende Gesellschaft entgeltlich tätig bei der bzw. nach erfolgter Auslieferung von Backwaren als Beifahrer in einem betriebseigenen Kraftfahrzeug betreten worden, ohne zur Sozialversicherung gemeldet gewesen zu sein. Er sei - nach dem Beschäftigungsbeginn um ca. 3 Uhr - während der Kontrolle um 9:30 Uhr mit P. B., dem Lenker des Fahrzeugs (ebenfalls Dienstnehmer der beschwerdeführenden Gesellschaft), auf das Firmengelände zurückgekehrt. H. S. habe - so die beschwerdeführende Gesellschaft selbst - einen "Probetag" absolviert. "In Zusammenhang mit der einen Entgeltanspruch begründenden Tätigkeit" des H. S. hätten die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen der selbständigen Beschäftigung zumindest überwogen.

Beweiswürdigend führte die belangte Behörde aus, dass sie den Feststellungen des anzeigenden Finanzamtes sowie der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse folge. Das "eigene - insoweit gegenteilige - Vorbringen" der beschwerdeführenden Gesellschaft werde als nicht den Tatsachen entsprechend gewürdigt. Es sei aber hervorzuheben, dass insbesondere die Absolvierung eines Probetages außer Streit gestellt werden könne. Nicht zuletzt

könne auch der Verzicht auf die Möglichkeit zur Abgabe einer abschließenden Stellungnahme zum behördlich festgestellten Sachverhalt (gemeint offenbar: zum Vorlagebericht der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse) zumindest als Indiz für dessen "Wahrheits- und Tatsachengehalt" gewertet werden.

Der Streitpunkt münde vorrangig in die Rechtsfrage der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des für sich unstrittigen Probearbeitsverhältnisses. Die Aussagen, H. S. sei nicht Dienstnehmer der beschwerdeführenden Gesellschaft gewesen, gründeten auf "jeweils eigenständigen rechtlichen Beurteilungen" der Zeugen bzw. Auskunftspersonen. Eine neuerliche Wiedergabe der maßgeblichen Sachverhaltselemente im Zuge neuerlicher Vernehmungen sei demnach als "obsolet" anzusehen gewesen.

In ihrer rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass nicht nur ein tatsächlicher Entgeltfluss das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit nach § 4 Abs. 2 ASVG erfülle, sondern schon ein bloßer Entgeltanspruch. In ihrer rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass nicht nur ein tatsächlicher Entgeltfluss das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit nach Paragraph 4, Absatz 2, ASVG erfülle, sondern schon ein bloßer Entgeltanspruch.

Ein wie hier im Zweifel entgeltliches Dienstverhältnis auf Probe solle dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, sich davon zu überzeugen, ob sich der Arbeitnehmer für die ihm zugedachte Stelle eigne. Der Annahme eines versicherungspflichtigen Probearbeitsverhältnisses würde nicht entgegenstehen, dass im Vorstellungsgespräch lediglich von einem mehr oder weniger unverbindlichen "Schnuppern" ausgegangen worden sei. Das überwiegende Vorliegen der Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG sei "daher" auch im gegenständlichen Fall zugrunde zu legen, wobei Voraussetzungen für die persönliche Abhängigkeit die persönliche Arbeitspflicht, die fehlende freie Übertragbarkeit der Leistung an Dritte, die fehlende Möglichkeit der sanktionslosen Leistungsablehnung, die organisatorische Einbindung, die alleinige Verantwortung gegenüber dem Dienstgeber, die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit, die fehlende generelle Vertretungsbefugnis, die fehlende Disposition über die Arbeitszeit und die zumindest überwiegende Nutzung von Betriebsmitteln des Dienstgebers seien, während die wirtschaftliche Abhängigkeit auf Grund der Entgeltlichkeit bereits durch die persönliche Abhängigkeit indiziert werde. Ein wie hier im Zweifel entgeltliches Dienstverhältnis auf Probe solle dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, sich davon zu überzeugen, ob sich der Arbeitnehmer für die ihm zugedachte Stelle eigne. Der Annahme eines versicherungspflichtigen Probearbeitsverhältnisses würde nicht entgegenstehen, dass im Vorstellungsgespräch lediglich von einem mehr oder weniger unverbindlichen "Schnuppern" ausgegangen worden sei. Das überwiegende Vorliegen der Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit im Sinn des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG sei "daher" auch im gegenständlichen Fall zugrunde zu legen, wobei Voraussetzungen für die persönliche Abhängigkeit die persönliche Arbeitspflicht, die fehlende freie Übertragbarkeit der Leistung an Dritte, die fehlende Möglichkeit der sanktionslosen Leistungsablehnung, die organisatorische Einbindung, die alleinige Verantwortung gegenüber dem Dienstgeber, die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit, die fehlende generelle Vertretungsbefugnis, die fehlende Disposition über die Arbeitszeit und die zumindest überwiegende Nutzung von Betriebsmitteln des Dienstgebers seien, während die wirtschaftliche Abhängigkeit auf Grund der Entgeltlichkeit bereits durch die persönliche Abhängigkeit indiziert werde.

Allfällige (betriebs-)wirtschaftliche Gründe für eine Herabsetzung oder gar einen Entfall des Beitragszuschlages im Sinn des § 113 Abs. 2 ASVG lägen nicht vor und seien von der beschwerdeführenden Partei auch nicht geltend gemacht worden. Die erstinstanzliche Festsetzung der Beitragszuschläge sei daher als sowohl rechnerisch als auch rechtlich korrekt zu beurteilen. Allfällige (betriebs-)wirtschaftliche Gründe für eine Herabsetzung oder gar einen Entfall des Beitragszuschlages im Sinn des Paragraph 113, Absatz 2, ASVG lägen nicht vor und seien von der beschwerdeführenden Partei auch nicht geltend gemacht worden. Die erstinstanzliche Festsetzung der Beitragszuschläge sei daher als sowohl rechnerisch als auch rechtlich korrekt zu beurteilen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, auf die Erstattung einer Gegenschrift aber - ebenso wie die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse - verzichtet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen: Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Die Beschwerde bestreitet das Vorliegen eines die Meldepflicht nach § 33 ASVG auslösenden versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses und stellt in Abrede, dass die Absolvierung eines - entgeltlichen - Probetages außer Streit stehe. H. S. sei lediglich in einem Firmenauto mitgefahren und habe sich die ausschließlich durch P. B. durchgeführte Arbeit "angeschaut", er habe zu keinem Zeitpunkt persönlich eine Arbeit verrichtet. Es sei auch nicht richtig, dass die beschwerdeführende Gesellschaft auf die Abgabe einer abschließenden Stellungnahme verzichtet habe; vielmehr sei die - der Beschwerde beigelegte - Stellungnahme vom 17. Oktober 2011 der belangten Behörde nachweislich (laut Faxbericht) am 17. Oktober 2011, sohin innerhalb offener Frist, zugestellt worden. Die belangte Behörde habe außerdem dadurch Verfahrensvorschriften verletzt, dass sie den Geschäftsführer der beschwerdeführenden Gesellschaft H. K. sowie P. B. und H. K. nicht - wie im Einspruch beantragt - einvernommen habe.

2. Die belangte Behörde ist dem Vorbringen, die Stellungnahme der beschwerdeführenden Gesellschaft zum Vorlagebericht sei rechtzeitig übermittelt worden, nicht entgegengetreten. Der Verwaltungsgerichtshof geht daher davon aus, dass die Stellungnahme von der belangten Behörde zu berücksichtigen und in ihre Beweiswürdigung einzubeziehen gewesen wäre. Weiters wird die Feststellung der belangten Behörde, die Absolvierung eines Probetages sei unstrittig gewesen, dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft im Verwaltungsverfahren insofern nicht gerecht, als diese schon im Einspruch geltend gemacht hat, dass H. S. bei der Arbeit nur zugeschaut habe, aber nicht selbst tätig geworden sei.

Dennoch kann der belangten Behörde im Ergebnis nicht entgegengetreten werden, wenn sie das Vorliegen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses und damit - als Vorfrage für die Rechtmäßigkeit des Beitragszuschlags - die Pflichtversicherung nach dem ASVG bejaht hat. Auch die Berücksichtigung der Stellungnahme vom 17. Oktober 2011 hätte zu keinem anderen Ergebnis führen können.

3. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bereits klargestellt, dass es der Annahme eines (versicherungspflichtigen) Probearbeitsverhältnisses nicht entgegensteht, wenn die (Weiter-)Beschäftigung vom Ergebnis dieser Erprobung abhängig gemacht wird, zumal im Probearbeitsverhältnis ohnehin die Möglichkeit zu dessen jederzeitiger Auflösung ohne Begründung besteht. Für die danach erforderliche Abgrenzung eines bloßen Vorstellungsgesprächs von der Aufnahme der (auch versicherten) Betriebsarbeit kann es vor dem Hintergrund des Schutzzwecks arbeitsrechtlicher Normen nicht dem Arbeitgeber überlassen werden, eine Beschäftigung, die typischerweise Teil eines Probearbeitsverhältnisses ist, nach Belieben in das Vorstellungsgespräch zu integrieren und so Arbeit suchende Personen zu Arbeitsleistungen ohne Entgeltanspruch zu verhalten. Die Abgrenzung des Vorstellungsgesprächs von einer Arbeitsleistung, die den Beginn eines Arbeitsverhältnisses markiert, hat daher nach objektiven Gesichtspunkten unter Berücksichtigung der Übung des redlichen Verkehrs zu erfolgen. Soweit der Arbeitgeber das Vorstellungsgespräch dazu benützt, eine Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen, die nach Art und Umfang üblicherweise nicht unentgeltlich erbracht wird, und dadurch das Vorstellungsgespräch der Sache nach in die eigentliche Betriebsarbeit oder in eine für die Beschäftigung allenfalls erforderliche Einschulung erstreckt, kommt es zu einer einseitigen Verkürzung der Interessen des Arbeitnehmers, ohne dass dies durch berechnete Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt werden könnte. Eine solche Vorgangsweise entspricht daher nicht der Übung des redlichen Verkehrs (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2004, Zl. 2000/08/0180, VwSlg. 16.285 A).

3. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bereits klargestellt, dass es der Annahme eines (versicherungspflichtigen) Probearbeitsverhältnisses nicht entgegensteht, wenn die (Weiter-)Beschäftigung vom Ergebnis dieser Erprobung abhängig gemacht wird, zumal im Probearbeitsverhältnis ohnehin die Möglichkeit zu dessen jederzeitiger Auflösung ohne Begründung besteht. Für die danach erforderliche Abgrenzung eines bloßen

Vorstellungsgesprächs von der Aufnahme der (auch versicherten) Betriebsarbeit kann es vor dem Hintergrund des Schutzzwecks arbeitsrechtlicher Normen nicht dem Arbeitgeber überlassen werden, eine Beschäftigung, die typischerweise Teil eines Probearbeitsverhältnisses ist, nach Belieben in das Vorstellungsgespräch zu integrieren und so Arbeit suchende Personen zu Arbeitsleistungen ohne Entgeltanspruch zu verhalten. Die Abgrenzung des Vorstellungsgesprächs von einer Arbeitsleistung, die den Beginn eines Arbeitsverhältnisses markiert, hat daher nach objektiven Gesichtspunkten unter Berücksichtigung der Übung des redlichen Verkehrs zu erfolgen. Soweit der Arbeitgeber das Vorstellungsgespräch dazu benützt, eine Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen, die nach Art und Umfang üblicherweise nicht unentgeltlich erbracht wird, und dadurch das Vorstellungsgespräch der Sache nach in die eigentliche Betriebsarbeit oder in eine für die Beschäftigung allenfalls erforderliche Einschulung erstreckt, kommt es zu einer einseitigen Verkürzung der Interessen des Arbeitnehmers, ohne dass dies durch berechnete Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt werden könnte. Eine solche Vorgangsweise entspricht daher nicht der Übung des redlichen Verkehrs vergleiche , zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2004, Zl. 2000/08/0180, VwSlg. 16.285 A).

4. Im Beschwerdefall ist unstrittig, dass H. S. den Dienstnehmer P. B. von 3 Uhr in der Früh bis zur Betretung um 9:30 Uhr vormittags bei der Auslieferung von Backwaren (laut Niederschrift insbesondere an Großkunden) begleitet hat. Schon angesichts dieser zeitlichen Dimension ist die Tätigkeit nicht der Absolvierung eines Vorstellungstermins vergleichbar, sodass noch keine Beschäftigung vorläge und Unentgeltlichkeit vorausgesetzt werden könnte. Vielmehr muss angenommen werden, dass im "Mitfahren" schon die Arbeitsaufnahme - wenn auch bloß zur Probe - gelegen ist, selbst wenn es nur um das gegenseitige "Ansehen" und um das Kennenlernen der Route und der konkreten Tätigkeit gegangen sein sollte. Zum einen setzt nämlich der auch von der beschwerdeführenden Gesellschaft ausdrücklich genannte Zweck des "Probetags", die Eignung des (potentiellen) Dienstnehmers zu überprüfen, voraus, dass dieser sich zumindest in untergeordneter Weise an der Arbeit (etwa der Regalbetreuung in den Supermärkten) beteiligt, zum anderen wäre auch eine mehrere Stunden dauernde Einschulung (hier: das Kennenlernen der Route und der zu verrichtenden Tätigkeiten durch Teilnahme an einer Auslieferungsfahrt) bereits als Teil der Betriebsarbeit anzusehen.

Auch ohne ausdrücklich vereinbartes Entgelt hatte H. S. daher Anspruch auf den kollektivvertraglichen bzw. angemessenen Lohn (vgl. § 1152 ABGB; zur Vermutung der Entgeltlichkeit auch bei Einschulungszeiten s. auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes ArbSlg. 8457). Auch ohne ausdrücklich vereinbartes Entgelt hatte H. S. daher Anspruch auf den kollektivvertraglichen bzw. angemessenen Lohn vergleiche , Paragraph 1152, ABGB; zur Vermutung der Entgeltlichkeit auch bei Einschulungszeiten s. auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes ArbSlg. 8457).

5. Dass bei der Tätigkeit - für die H. S. auch nach dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft gegebenenfalls als Dienstnehmer angestellt werden sollte - im Übrigen die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG zumindest überwogen haben, bestreitet die beschwerdeführende Gesellschaft nicht konkret. Sie wendet sich auch nicht gegen die Höhe des gemäß § 113 Abs. 2 ASVG festgesetzten Beitragszuschlags. 5. Dass bei der Tätigkeit - für die H. S. auch nach dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft gegebenenfalls als Dienstnehmer angestellt werden sollte - im Übrigen die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinn des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG zumindest überwogen haben, bestreitet die beschwerdeführende Gesellschaft nicht konkret. Sie wendet sich auch nicht gegen die Höhe des gemäß Paragraph 113, Absatz 2, ASVG festgesetzten Beitragszuschlags.

Was das gerügte Unterbleiben der beantragten Zeugeneinvernahmen betrifft, so fehlt dem behaupteten Verfahrensmangel die Relevanz für den Ausgang des Verfahrens, weil die belangte Behörde die niederschriftlichen Einvernahmen, deren Richtigkeit durch die neuerlichen Einvernahmen laut Beweisantrag bestätigt werden sollte, ohnedies ausdrücklich ihren Feststellungen zugrunde gelegt hat.

6. Da sich die Beschwerde somit insgesamt als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 6. Da sich die Beschwerde somit insgesamt als unbegründet erweist, war sie gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008.

Wien, am 14. Februar 2013

Schlagworte

Dienstnehmer Begriff Beschäftigung gegen Entgelt Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit Dienstnehmer
Begriff Persönliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2012080023.X00

Im RIS seit

19.03.2013

Zuletzt aktualisiert am

21.02.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at