

TE Vwgh Erkenntnis 2013/1/25 2012/09/0022

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.01.2013

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §2 Abs2 litb;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;

AuslBG §3 Abs1;

1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993
1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007

10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz in 1010 Wien, Stubenring 1, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 30. Dezember 2011, Zl. UVS-07/A/6/9127/2011-11, betreffend Übertretung des AuslBG (weitere Partei: Bundesministerin für Finanzen; mitbeteiligte Partei: T D in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 15. Juli 2011 wurde dem Mitbeteiligten zur Last gelegt, die polnische Staatsangehörige S in der Zeit vom 1. Juli 2006 bis zumindest 7. April 2010 in seinem Betrieb in W als Reinigungskraft beschäftigt zu haben, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Der Mitbeteiligte habe dadurch eine Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.800,- (im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen und 16 Stunden) verhängt. Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 15. Juli 2011 wurde dem Mitbeteiligten zur

Last gelegt, die polnische Staatsangehörige S in der Zeit vom 1. Juli 2006 bis zumindest 7. April 2010 in seinem Betrieb in W als Reinigungskraft beschäftigt zu haben, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Der Mitbeteiligte habe dadurch eine Übertretung gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Z1 Litera a, in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.800,-- (im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen und 16 Stunden) verhängt.

Die Begründung der Entscheidung wurde darauf gestützt, dass S für den Mitbeteiligten regelmäßig und über längere Dauer, und zwar durchgehend im Zeitraum Juli 2006 bis April 2010 tätig gewesen sei, was durch lückenlos vorgelegte Rechnungen für die Monate Jänner 2009 bis einschließlich Jänner 2010 belegt sei. S habe nach ihren Angaben einen Teil ihrer Arbeitsmaterialien zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus spreche eine Bezahlung nach Stundenlohn, die S nach der Abgabe der Rechnungen erhalten habe, für eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung. Außerdem würden die mangelhaften Ausführungen der Rechnungen auch keine unterscheidbaren Auftragswerke erkennen.

Die belangte Behörde gab der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung des Mitbeteiligten Folge, hob das Straferkenntnis auf und stellte das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ein. Die belangte Behörde gab der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung des Mitbeteiligten Folge, hob das Straferkenntnis auf und stellte das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG ein.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides wurde nach Wiedergabe der - als glaubwürdig eingestuften - Angaben des Mitbeteiligten und von S in der Berufungsverhandlung ausgeführt, dass S im Zeitraum Juli 2006 bis April 2010 seitens des vom Mitbeteiligten vertretenen Unternehmens (der Firma T) mit der idR wochenweisen Betreuung bestimmter Liegenschaften beauftragt worden sei. S habe seit April 2006 über eine Gewerbeberechtigung (für "Reinigung, umfassend Tätigkeit wie sie ein Hausbesorger haben") verfügt und habe laut Versicherungsdatenauszug vom 1. April 2006 bis 30. September 2008 sowie im Jahr 2009 ab 1. Juli der GSVG-Pflichtversicherung als gewerblich selbständig Erwerbstätige unterlegen. Aus den im Zeitraum Jänner 2009 bis Jänner 2010 an die Firma T gelegten Rechnungen habe sich ergeben, dass Pauschalbeträge verrechnet worden seien. S habe glaubwürdig darlegen können, dass sie auch über mehrere andere Auftraggeber im verfahrensgegenständlichen Zeitraum verfügt habe.

Nach Zitierung der maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen setzte die belangte Behörde fort wie folgt (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Im vorliegenden, konkreten Fall spricht zwar einiges für eine wirtschaftliche Unselbständigkeit bzw. Arbeitnehmerähnlichkeit aber auch einiges dagegen.

Zunächst ist zur Vermeidung von Missverständnissen klarzustellen, dass es für die Beurteilung der gegenständlichen Verwendung der Ausländerin nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht (entscheidend) darauf ankommt, dass die im Straferkenntnis genannte Frau (S) über einen Gewerbeschein verfügte (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 3.11.2004, Zl. 2001/18/0129). Gleiches gilt für die Versicherung der Ausländerin bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Zunächst ist zur Vermeidung von Missverständnissen klarzustellen, dass es für die Beurteilung der gegenständlichen Verwendung der Ausländerin nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht (entscheidend) darauf ankommt, dass die im Straferkenntnis genannte Frau (S) über einen Gewerbeschein verfügte vergleiche , das Erkenntnis des VwGH vom 3.11.2004, Zl. 2001/18/0129). Gleiches gilt für die Versicherung der Ausländerin bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft.

Eine mehrjährige einschlägige gewerbliche Erwerbstätigkeit für eine Vielzahl verschiedener Auftraggeber kann aber unter Umständen als Indiz dafür anzusehen sein, dass mit der Gewerbeberechtigung und der GSVG Versicherung nicht nur die Beschränkungen der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Wege der sogenannten 'Scheinselbständigkeit' umgangen werden sollten, sondern der 'unternehmerischen' Tätigkeit der Ausländerin tatsächlich ein wirtschaftliches Substrat zugrunde liegt.

In diesem Sinne ist zu vermerken, dass seitens der Zeugin (S) glaubhaft dargelegt wurde, dass sie im gegenständlichen Zeitraum weitere Auftraggeber gesucht hat, etwa in dem sie Freunde gefragt hat oder selbst Kunden gefunden hat.

Weiters ist der Aussage der Zeugin (S) zu entnehmen, dass ihre Arbeitskraft durch die für die (Firma T) durchgeführten Aufträge nicht voll ausgelastet war und sie ständig weitere Kunden gesucht hat.

Frau (S) verfügte zur Durchführung über eigene Betriebsmittel, wie etwa Reinigungsmittel und Utensilien. Ein

Staubsauger wurde ihr im Bedarfsfall vom (Mitbeteiligten) geborgt. Frau (S) hat Aufträge vom (Mitbeteiligten) nicht abgelehnt sondern hat sie auch zusätzlich nach Auftraggebern gesucht. Dies alles lässt doch auf eine gewisse wirtschaftliche Selbständigkeit der Frau (S) schließen.

Es wird dabei nicht übersehen, dass zum Teil Arbeitsmittel (wie etwa der Staubsauger) von der (Firma T) zur Verfügung gestellt wurden. Auch war Frau (S) bekannt, dass die Arbeiten verschiedentlich von jemanden der (Firma T) kontrolliert würden, wobei jedoch nicht festgestellt werden kann, dass diese Kontrollen über eine Erfolgskontrolle hinaus gegangen wären. Sie hätte dann nachgereinigt aber nichts zusätzlich in Rechnung gestellt.

Grundsätzlich handelt es sich beim Reinigen um einfache manipulative Tätigkeiten, die üblicherweise wenn jemand bei der Erbringung derartiger Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die auf ein Dienstverhältnis hindeuten die Behörde dazu berechtigen, von einem Dienstverhältnis auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung entgegenstehen.

In diesem Zusammenhang spricht für die Arbeitnehmerähnlichkeit der Verwendung, dass Frau (S) die Arbeiten stets persönlich ausgeführt hat und sich nur 2009 im Zustand der Schwangerschaft vertreten ließ.

Andererseits kann eine von vornherein gegebene Abgrenzbarkeit bzw. Unterscheidbarkeit der beauftragten Leistungen der Frau (S) nicht eindeutig verneint werden. Eine nennenswerte Eingliederung der Frau (S) in die Betriebsabläufe des Unternehmens eine Zusammenarbeit der Frau (S) mit Arbeitnehmern der (Firma T) und eine Ununterscheidbarkeit der Leistungen konnten nicht festgestellt werden.

Dass die (Firma T) über die Arbeitskraft der Frau (S) in gleicher bzw. ähnlicher Weise verfügen konnte, wie über die ihrer eigenen Dienstnehmer, ist nicht hervorgekommen. Da der verfahrenseinleitenden Anzeige der Amtspartei keine Kontrolle im Sinne einer Betretung der Frau (S) bei konkreten Tätigkeiten zugrunde lag, kann letztlich für die Beurteilung der konkreten Umstände der Verwendung nur auf die Angaben des (Mitbeteiligten) und der Frau (S) zurückgegriffen werden. Der vom (Mitbeteiligten) angeführte mündliche Werkvertrag ist zwar wenig aussagekräftig, erscheint aber nach den feststellbaren Umständen nicht als bloßes Umgehungskonstrukt, das in dieser Form nie tatsächlich umgesetzt werden sollte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei der vorliegenden Konstellation nach den feststellbaren Umständen der Verwendung der Ausländerin um einen Grenzfall handelt.

Nach Gewichtung, Bewertung und Abwägung aller Merkmale ist nicht eindeutig zu erkennen, dass es sich um eine Verwendung der Frau (S) als Dienstnehmerin bzw. um eine arbeitnehmerähnliche Verwendung derselben in wirtschaftlicher Unselbständigkeit (in Unterordnung und enger organisatorischer Eingliederung im Betrieb) gehandelt hat. Insbesondere kann nicht als erwiesen angesehen werden, dass das Gesamtbild der Tätigkeit der Ausländerin so beschaffen war, dass sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Gestaltung ihrer Erwerbstätigkeit und in der Verfügung über ihre Arbeitskraft in zumindest arbeitnehmerähnlicher Weise eingeschränkt oder gehindert war. "

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Amtsbeschwerde. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

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). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch Paragraph 2, Absatz 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 Paragraph 2, Absatz 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 vergleichbar, Paragraph 2, Absatz 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 Paragraph 879, ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an vergleichbar, 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. Die Arbeitnehmerähnlichkeit (Paragraph 2, Absatz 2, Litera 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. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288, mwN). 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 vergleichbar, 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, ZI. 2002/09/0187). 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 vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2002/09/0187).

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung 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 bereits im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks 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 dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. März 2012, ZI. 2011/09/0089, mwN). Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung 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 bereits im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks 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 dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. März 2012, ZI. 2011/09/0089, mwN).

Ein sogenannter 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 (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2003, ZI. 2000/09/0208). Ein sogenannter 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 Paragraph 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 vergleiche , u.a. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2003, ZI. 2000/09/0208).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargelegt hat (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 18. Oktober 2000, ZI. 99/09/0102, und vom 4. September 2003, ZI.2001/09/0060) kann aber das Rechtsverhältnis einer arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber auch ein sogenannter "freier Dienstvertrag" sein. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses (im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) kann nämlich jede Art von Arbeitsleistung sein. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargelegt hat vergleiche , etwa die hg. Erkenntnisse vom 18. Oktober 2000, ZI. 99/09/0102, und vom 4. September 2003, ZI. 2001/09/0060) kann aber das Rechtsverhältnis einer arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber auch ein sogenannter "freier Dienstvertrag" sein. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses (im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG) kann nämlich jede Art von Arbeitsleistung sein.

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde - wie die Beschwerde zutreffend aufzeigt - übersehen, dass auf Grund der mehrjährigen Tätigkeit von S für denselben Betrieb ein gewichtiges Merkmal für ein arbeitnehmerähnliches Verhalten, nämlich die nachgewiesene Regelmäßigkeit und längere Dauer, zweifelsohne gegeben ist. Außerdem hat S in ihrer Zeugenaussage vor der belangten Behörde angegeben, dass die "zeitlichen Vorstellungen hinsichtlich Reinigung" und andere Vorgaben vom Mitbeteiligten gekommen seien; diese Umstände sprechen für eine Beschränkung der Entscheidungsbefugnis im Sinne einer wirtschaftlichen Unselbständigkeit.

Wenn sich außerdem - wie hier - 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 seitens des Mitbeteiligten auch ausgeübt wurden (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, ZI. 2001/08/0026): So hat der Mitbeteiligte in der Berufungsverhandlung angegeben, er habe regelmäßig stichprobenartige Überprüfungen durchgeführt, ob S ordentlich arbeite. Eine solche Kontrolle der Tätigkeit, die den Angaben des Mitbeteiligten folgend zusätzlich zu der von den "Sozialarbeitern" vor Ort durchgeführten Kontrolle der Reinigungstätigkeit erfolgte, stellt jedenfalls im Hinblick auf die einfache Tätigkeit der Ausländerin eine die Arbeiten dauernd begleitende Kontrolle dar. Sie ist ein starkes Indiz für die für ein Arbeitsverhältnis typische Eingliederung in die Betriebsorganisation (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 2010, ZI. 2010/09/0158). Wenn sich außerdem - wie hier - 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 seitens des Mitbeteiligten auch ausgeübt wurden vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, ZI. 2001/08/0026): So hat der Mitbeteiligte in der Berufungsverhandlung angegeben, er habe regelmäßig stichprobenartige Überprüfungen durchgeführt, ob S ordentlich arbeite. Eine solche Kontrolle der Tätigkeit, die den Angaben des Mitbeteiligten folgend zusätzlich zu der von den "Sozialarbeitern" vor Ort durchgeführten Kontrolle der Reinigungstätigkeit erfolgte, stellt jedenfalls im Hinblick auf die einfache Tätigkeit der Ausländerin eine die Arbeiten dauernd begleitende Kontrolle dar. Sie ist ein starkes Indiz für die für ein Arbeitsverhältnis typische Eingliederung in die Betriebsorganisation vergleiche das hg. Erkenntnis vom 16. September 2010, ZI. 2010/09/0158).

In Bezug auf die Rechnungslegung ist überdies festzuhalten, dass diese - nach den in den Akten einliegenden Kopien der Rechnungen - nicht im Zusammenhang mit einem konkreten Auftrag sondern jeweils am Monatsende für dazu ausgewiesene unterschiedliche "Einheiten" (jeweils mit demselben Preis pro Einheit) erfolgte; dies stellte somit eine regelmäßige Entlohnung wie in einem Arbeitsverhältnis dar. Wieso die belangte Behörde aus diesen Rechnungen - im Gegensatz zur erstinstanzlichen Behörde

keine Entlohnung nach Stunden sondern - ableitet, dass

"Pauschalbeträge" verrechnet worden seien, erscheint nicht nachvollziehbar und findet im Akteninhalt jedenfalls keine Deckung.

Insgesamt kann der belangten Behörde nicht gefolgt werden, wenn sie trotz der - aus den von ihr als unbedenklich gewerteten Beweismitteln sprechenden - gewichtigen Indizien, wie insbesondere der längerfristigen Leistungserbringung der gegenständlichen Reinigungsarbeiten nach den Vorgaben des Mitbeteiligten und dessen regelmäßigen stichprobenartigen Kontrollen sowie dem Umstand einer regelmäßigen Entlohnung ohne konkreter Auftrags- /Leistungsspezifizierung (es sei noch erwähnt, dass im fraglichen Zeitraum die Betriebsziele des Mitbeteiligten "Reinigungen" umfassten, er für diese Tätigkeit einen "Angestellten" beschäftigt habe und die gleichartigen Dienste der Ausländerin deshalb in Anspruch genommen habe, weil er "so viele Aufträge für Reinigungen" bekommen habe, für die dieser "Angestellte zu wenig" gewesen sei) das Überwiegen von Beschäftigungsmerkmalen, die für eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit der S sprechen, verneint.

Da die belangte Behörde diese Umstände im Rahmen ihrer Gesamtbeurteilung nach dem "beweglichen System", nicht entsprechend

berücksichtigt hat, hat sie ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war. berücksichtigt hat, hat sie ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, weshalb er gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben war.

Wien, am 25. Jänner 2013

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2012090022.X00

Im RIS seit

15.02.2013

Zuletzt aktualisiert am

22.08.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at