

# TE Vwgh Erkenntnis 2011/9/15 2009/09/0139

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.09.2011

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;

AuslBG §3 Abs1;

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. Henk, über die Beschwerde des E K in B, vertreten durch Mag. Maximilian Kocher, Rechtsanwalt in 2345 Brunn/Gebirge, Bahnstraße 43, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich, Außenstelle Wiener Neustadt, vom 21. April 2009, Zl. Senat-MD-07-1321, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesministerin für Finanzen), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er sei als Gewerbeinhaber der Firma K (mit dem Gewerbewortlaut "Errichtung von Alarmanlagen gemäß § 264 GewO 1994, das ist die Errichtung von Alarmanlagen für Betriebe, Gebäude oder Grundstücke") mit dem Standort der Gewerbeberechtigung in B dafür verantwortlich, dass durch diese Firma als Arbeitgeberin im Zeitraum vom 1. Mai bis 16. November 2006 vom Firmensitz ausgehend und insbesondere am 16. November 2006 auf einer näher bezeichneten Baustelle in W der polnische Staatsangehörige M mit "Installationsarbeiten an einer Alarmanlage" beschäftigt worden sei, obwohl für diesen keine der näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei. Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er sei als Gewerbeinhaber der Firma K (mit dem Gewerbewortlaut "Errichtung von Alarmanlagen gemäß Paragraph 264, GewO 1994, das ist die Errichtung von Alarmanlagen für Betriebe, Gebäude oder Grundstücke") mit dem Standort der Gewerbeberechtigung in B dafür verantwortlich, dass durch diese Firma als Arbeitgeberin im Zeitraum vom 1. Mai bis 16. November 2006 vom Firmensitz ausgehend und insbesondere am 16. November 2006 auf einer näher bezeichneten Baustelle in W der polnische Staatsangehörige M mit "Installationsarbeiten an einer Alarmanlage" beschäftigt worden sei, obwohl für diesen keine der näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen.

Es wurde über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.500,--

(im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides stellte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges folgenden Sachverhalt fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der (Beschwerdeführer) war zum Tatzeitpunkt Inhaber des Einzelunternehmens mit der Gewerbeberechtigung für die Errichtung von Alarmanlagen gemäß § 264 GewO 1994, das ist die Errichtung von Alarmanlagen für Betriebe, Gebäude oder Grundstücke mit dem Standort der Gewerbeberechtigung in B, ... . Der polnische Staatsangehörige M, ..., der in Polen den Beruf eines Elektrotechnikers erlernt hat, beabsichtigte im Jahr 2006 in Österreich Alarmanlagen zu installieren, versuchte via Internet mit potentiellen Auftraggebern in Kontakt zu kommen, entstand auch auf diese Weise der Kontakt zu dem (Beschwerdeführer). Seit 21.04.2006 ist der polnische Staatsangehörige M im Besitz eines Gewerbescheines des Magistrates der Stadt Wien, mit dem Gewerbewortlaut: 'Installationen elektrischer Anlagen und Einrichtungen bis zu 42 Volt und Leistungen bis zu 100 Watt, wobei die Stromquelle keinen Starkstrom führen darf, unter Ausschluss jeder an einem Bewegungsnachweis gebundenen Tätigkeit'. Ab 01.05.2006 war der polnische Staatsangehörige M bei der gewerblichen Sozialversicherung gemeldet. Zwischen dem (Beschwerdeführer), lautend auf die Geschäftsbezeichnung des Unternehmens des (Beschwerdeführers), 'H', mit dem Standort in ...B, als Auftraggeber und der Fa. M, ... in W, als Auftragnehmer wurde in einem als 'Subunternehmervertrag NV-Installations- und Montagearbeiten' bezeichneten Vertrag Bedingungen betreffend die Erbringung der Installations- und Montagearbeiten vereinbart. Dated ist dieser Subunternehmervertrag mit 05.05.2006."Der (Beschwerdeführer) war zum Tatzeitpunkt Inhaber des Einzelunternehmens mit der Gewerbeberechtigung für die Errichtung von Alarmanlagen gemäß Paragraph 264, GewO 1994, das ist die Errichtung von Alarmanlagen für Betriebe, Gebäude oder Grundstücke mit dem Standort der Gewerbeberechtigung in B, ... . Der polnische Staatsangehörige M, ..., der in Polen den Beruf eines Elektrotechnikers erlernt hat, beabsichtigte im Jahr 2006 in Österreich Alarmanlagen zu installieren, versuchte via Internet mit potentiellen Auftraggebern in Kontakt zu kommen, entstand auch auf diese Weise der Kontakt zu dem (Beschwerdeführer). Seit 21.04.2006 ist der polnische Staatsangehörige M im Besitz eines Gewerbescheines des Magistrates der Stadt Wien, mit dem Gewerbewortlaut: 'Installationen elektrischer Anlagen und Einrichtungen bis zu 42 Volt und Leistungen bis zu 100 Watt, wobei die Stromquelle keinen Starkstrom führen darf, unter Ausschluss jeder an einem Bewegungsnachweis gebundenen Tätigkeit'. Ab 01.05.2006 war der polnische Staatsangehörige M bei der gewerblichen Sozialversicherung gemeldet. Zwischen dem (Beschwerdeführer), lautend auf die Geschäftsbezeichnung des Unternehmens des (Beschwerdeführers), 'H', mit dem Standort in ...B, als Auftraggeber und der Fa. M, ... in W, als Auftragnehmer wurde in einem als 'Subunternehmervertrag NV-Installations- und Montagearbeiten' bezeichneten Vertrag Bedingungen betreffend die Erbringung der Installations- und Montagearbeiten vereinbart. Dated ist dieser Subunternehmervertrag mit 05.05.2006.

Bei der am 16.11.2006 durch Beamte des Zollamtes Wr. Neustadt / Team KIAB auf der Einfamilienhausbaustelle in W, ..., durchgeführten Kontrolle wurde der polnische Staatsangehörige M, ..., bei Installationsarbeiten an einer Alarmanlage angetroffen. Es lag keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung für den Ausländer vor. Seit Anfang Mai 2006 bis zum Betretungszeitpunkt arbeitete M ausschließlich für den (Beschwerdeführer) und installierte Alarmanlagen. Abgerechnet wurde nach Stunden. Die zur Montage der Alarmanlagen notwendigen Bauteile bezog M vom (Beschwerdeführer). Die Kunden schlossen mit dem (Beschwerdeführer) einen Vertrag über die Errichtung einer Alarmanlage ab, teilte der (Beschwerdeführer) den Kunden bewusst nicht mit, dass der polnische Staatsbürger firmenmäßig tätig sei. M montierte die Geräte, die Programmierung, Einstellung und Endabnahme erfolgte durch den (Beschwerdeführer). Das Kleinmaterial sowie das Werkzeug, im Wesentlichen eine Bohrmaschine wurde von M beigestellt. Im Betretungszeitpunkt verwendete M den PKW des (Beschwerdeführers). Die Rechnungen des M wurden im Jahr 2006 aufgrund seiner geleisteten Arbeitsstunden erstellt."

Im Weiteren setzte die belangte Behörde fort:

"... Der (Beschwerdeführer) stellt ... nicht in Abrede, dass der polnische Staatsangehörige M, ..., seit 01.05.2006 Alarmanlagen in seinem Auftrag installiert und in seinem Auftrag Installationsarbeiten am 16.11.2006 an einer Alarmanlage auf der Einfamilienbaustelle in W, ... verrichtete.

Aufgrund der Aussage des (Beschwerdeführer) in der Berufungsverhandlung, in der er ausführte, dass er mit den einzelnen Kunden den Vertrag über die Errichtung über eine Alarmanlage abgeschlossen hätte, den Kunden jedoch nicht mitgeteilt hätte, dass er diese Arbeiten an einen polnischen Staatsbürger weitergebe, M die Geräte montiert

habe, die Programmierung und Einstellung, d.h. die Endabnahme jedoch durch ihn erfolgt sei, sohin den Kunden gegenüber nur er als Unternehmer auftrat, das gesamte Material mit Ausnahme des Kleinmaterials von ihm beigelegt worden sei, die Abrechnung nach Arbeitsstunden erfolgt sei, lediglich für die Funkanlagen eine Pauschale vereinbart worden sei, bis zum Betretungszeitpunkt M nur für ihn gearbeitet habe, im Zusammenhalt mit der Aussage des M, der bestätigte, dass am Beginn der Zusammenarbeit nach Stunden, der Stundensatz habe zwischen 25,-- und 30 Euro betragen, abgerechnet worden sei, er die zur Montage der Alarmanlagen notwendigen Bauteile vom (Beschwerdeführer) bezogen habe, die Alarmanlagen montiere, der (Beschwerdeführer) zum Einstellen bzw. Scharfmachen komme, obwohl er dazu die technischen Fähigkeiten hätte im Jahr 2006 er ausschließlich für die Fa. K gearbeitet habe, ist davon auszugehen, dass es sich bei der Tätigkeit des M zumindest um eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit handelte."

Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass M eine Tätigkeit für das Einzelunternehmen des Beschwerdeführers erbracht habe, die "rein aus der Erbringung von Arbeitsleistungen in Form von Installationstätigkeiten" bestanden habe; er habe das "Werk" auch nicht vollendet, sondern sei die Endabnahme und das Scharfmachen der Alarmanlagen durch den Beschwerdeführer erfolgt. Die Leistungen von M seien nicht aus eigener Initiative oder zum eigenen Nutzen des Ausländers erfolgt, seien durch den fremdbestimmten Charakter des durch die wirtschaftliche Unselbständigkeit determinierten Verhältnisses zum Beschwerdeführer gekennzeichnet gewesen, da M im Ergebnis zum Vorteil der Firma des Beschwerdeführers tätig gewesen sei. Dabei komme es auch nicht darauf an, in welche Vertragsform die für den Beschwerdeführer erbrachten Arbeitsleistungen gekleidet gewesen seien. Der Ausländer sei somit unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingung wie ein Arbeitnehmer verwendet worden, weshalb zum Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses und keiner selbständigen Tätigkeit auszugehen sei.

Unter Zugrundelegung dessen kam die belangte Behörde zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer die inkriminierte Verwaltungsübertretung sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erfüllt habe (wobei sie von einem Verschulden in Form fahrlässigen Verhaltens ausging) und legte ihre Strafbemessungsgründe dar.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahren sowie Erstattung der Gegenschrift durch die belangte Behörde 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 vergleiche , 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 vergleiche , 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. zum Ganzen 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 vergleiche , zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288, mwN).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187). 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, Zl. 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 im Vorhinein 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 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 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, 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 im Vorhinein 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 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 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Dass entgegen den auf dem Inhalt des vorliegenden "Subunternehmervertrages" vom 5. Mai 2006 beruhenden Ausführungen der belangten Behörde oder aus den Abrechnungen von M ein konkreter Inhalt der zu erstellenden "Werke" erkennbar gewesen bzw. dargetan worden sei, worin das jeweils abgeschlossene Werk bestanden habe, wird auch in der Beschwerde nicht behauptet.

Insofern sich der Beschwerdeführer gegen die Annahme einer arbeitnehmerähnlichen Verwendung von M wendet und die diesbezüglichen Feststellungen der belangten Behörde als nicht ausreichend erachtet, ist ihm Folgendes zu entgegen:

Nach den (teilweise dislozierten) Feststellungen im angefochtenen Bescheid - die der Beschwerdeführer nicht bekämpft - hat M zwischen Beginn Mai 2006 und (dem Tag der Kontrolle am) 16. November 2006 ausschließlich für den Beschwerdeführer gearbeitet und Alarmanlagen installiert, wobei die Abrechnung nach Arbeitsstunden (mit einem Stundensatz zwischen EUR 25,- und 30,-) erfolgte (lediglich bei Funkanlagen wurde eine Pauschale vereinbart). Die Tätigkeit des Polen beschränkte sich auf die Installationsarbeiten, das Einstellen bzw. Scharfmachen nahm (abschließend) der Beschwerdeführer vor. Die notwendigen Bauteile bezog M, der nur das Kleinmaterial beistellte, vom Beschwerdeführer. M trat den Kunden gegenüber, mit welchen der Beschwerdeführer jeweils einen Vertrag über die Errichtung einer Alarmanlage abgeschlossen hatte, nicht als (eigenständige) Firma sondern als Arbeitnehmer auf.

Davon ausgehend kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, dass bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung diese Tätigkeitsmerkmale nicht zur Annahme einer arbeitnehmerähnlichen Verwendung von M ausreichen würden. Der Einwand, dass die Tätigkeit von M nicht im Betrieb des Beschwerdeführers erfolgt sei, geht schon deshalb ins Leere, weil die Baustelle eines Errichters von Alarmanlagen zu dessen Betrieb gehört (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. Mai 2011, Zl. 2011/09/0005). Angesichts der Angaben von M in der Berufungsverhandlung und der in den vorgelegten Verwaltungsakten befindlichen Abrechnungen bedurfte es auch keiner weiteren Feststellungen zur Regelmäßigkeit der Leistungen von M. Dasselbe gilt für die Frage der Weisungsgebundenheit: Davon ausgehend kann dem

Beschwerdeführer nicht gefolgt werden, dass bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung diese Tätigkeitsmerkmale nicht zur Annahme einer arbeitnehmerähnlichen Verwendung von M ausreichen würden. Der Einwand, dass die Tätigkeit von M nicht im Betrieb des Beschwerdeführers erfolgt sei, geht schon deshalb ins Leere, weil die Baustelle eines Errichters von Alarmanlagen zu dessen Betrieb gehört vergleiche das hg. Erkenntnis vom 30. Mai 2011, ZI. 2011/09/0005). Angesichts der Angaben von M in der Berufungsverhandlung und der in den vorgelegten Verwaltungsakten befindlichen Abrechnungen bedurfte es auch keiner weiteren Feststellungen zur Regelmäßigkeit der Leistungen von M. Dasselbe gilt für die Frage der Weisungsgebundenheit:

Wenn sich - wie im vorliegenden Fall - 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 zweifelsohne (zumindest) im Zuge des Einstellens und Scharfmachens der Anlagen auch ausgeübt hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, ZI. 2001/08/0026). Sohin war die Entscheidungsbefugnis des Polen auf ein Minimum beschränkt. Wenn sich - wie im vorliegenden Fall - 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 zweifelsohne (zumindest) im Zuge des Einstellens und Scharfmachens der Anlagen auch ausgeübt hat vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, ZI. 2001/08/0026). Sohin war die Entscheidungsbefugnis des Polen auf ein Minimum beschränkt.

Auch dem Beschwerdeeinwand, dass M am Tag der Kontrolle nur ausnahmsweise den PKW des Beschwerdeführers benutzt habe und festzustellen gewesen wäre, dass er (ansonsten) grundsätzlich sein eigenes Fahrzeug bzw. jenes seines Bruders verwendet habe, kommt keine Bedeutung zu, zumal es sich beim behaupteten Einsatz eines eigenen Fahrzeuges um eine Neuerung handelt und allein mit der Verwendung des anderen Fahrzeuges keine (zu berücksichtigende) unternehmerische Struktur auf Seiten des Polen aufgezeigt werden kann, die auch nach den übrigen Verfahrensergebnissen nicht hervorgekommen ist.

Insofern der Beschwerdeführer auch erkennbar gemeinschaftsrechtliche Bedenken gegen die Qualifikation der gegenständlichen Beschäftigung als arbeitnehmerähnliches Verhältnis geltend macht, ist ihm zu antworten, dass Polen ihre Tätigkeit als "EU-Bürger mit Gewerbeschein" in Österreich nur im Falle der Erbringung von Dienstleistungen als Selbständige ausüben dürfen. Es besteht hinsichtlich der Merkmale etwa des AuslBG, des AÜG, der GewO und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt (vgl. mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, ZI. 2008/09/0163, sowie das hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2009, ZI. 2008/09/0350). Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor. Insofern der Beschwerdeführer auch erkennbar gemeinschaftsrechtliche Bedenken gegen die Qualifikation der gegenständlichen Beschäftigung als arbeitnehmerähnliches Verhältnis geltend macht, ist ihm zu antworten, dass Polen ihre Tätigkeit als "EU-Bürger mit Gewerbeschein" in Österreich nur im Falle der Erbringung von Dienstleistungen als Selbständige ausüben dürfen. Es besteht hinsichtlich der Merkmale etwa des AuslBG, des AÜG, der GewO und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt vergleiche , mit näherer Begründung, auf die gemäß Paragraph 43, Absatz 2, zweiter Satz VwGG verwiesen wird, das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, ZI. 2008/09/0163, sowie das hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2009, ZI. 2008/09/0350). Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor.

Insgesamt begegnet es daher keinen Bedenken, wenn die belangte Behörde auf Grundlage der für eine abschließende rechtliche Beurteilung ausreichenden Feststellungen zu den Tätigkeitsmerkmalen der Verwendung von M das Bestehen eines Werkvertrages zwischen dem Unternehmen des Beschwerdeführers einerseits und dem Polen andererseits verneint und infolge des Vorliegens einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit des M die inkriminierte Verwaltungsübertretung bejaht hat. Ihre nachvollziehbare Bescheidbegründung hält auch - entgegen dem weiteren Beschwerdevorbringen - einer nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof stand.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die im erstinstanzlichen Verfahren verhängte Geldstrafe von EUR 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen) auf EUR 1.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen) reduziert. Wenngleich die belangte Behörde - wie diese in ihre Gegenschrift dem Beschwerdeführer zu seiner abschließenden Rüge zur Strafbemessung einräumt - zu Unrecht vom Vorliegen von mehreren anstelle von (nur) einer Verwaltungsvorstrafe ausgeht, kann angesichts der Beschäftigungsdauer des M von etwa sechs Monaten auch bei Berücksichtigung der Gesamtverfahrensdauer (bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides) von ca. 2,5 Jahren bei einem (hier anzuwendenden) Strafraumen von EUR 1.000,-- bis 10.000,-- die Strafbemessung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig angesehen werden, wenn diese von einer weiteren Reduktion der Verwaltungsstrafe bzw. Anwendung von § 20 VStG Abstand genommen hat. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die im erstinstanzlichen Verfahren verhängte Geldstrafe von EUR 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen) auf EUR 1.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen) reduziert. Wenngleich die belangte Behörde - wie diese in ihre Gegenschrift dem Beschwerdeführer zu seiner abschließenden Rüge zur Strafbemessung einräumt - zu Unrecht vom Vorliegen von mehreren anstelle von (nur) einer Verwaltungsvorstrafe ausgeht, kann angesichts der Beschäftigungsdauer des M von etwa sechs Monaten auch bei Berücksichtigung der Gesamtverfahrensdauer (bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides) von ca. 2,5 Jahren bei einem (hier anzuwendenden) Strafraumen von EUR 1.000,-- bis 10.000,-- die Strafbemessung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig angesehen werden, wenn diese von einer weiteren Reduktion der Verwaltungsstrafe bzw. Anwendung von Paragraph 20, VStG Abstand genommen hat.

Die Beschwerde war daher insgesamt gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war daher insgesamt gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 15. September 2011

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2011:2009090139.X00

**Im RIS seit**

21.10.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

08.11.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)