

TE Vwgh Erkenntnis 2010/12/9 2010/09/0184

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.12.2010

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit b;
VStG §44a Z1;
VStG §44a;
VwGG §42 Abs2 Z1;

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 § 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. VStG § 44a heute
 2. VStG § 44a gültig ab 01.02.1991
1. VStG § 44a heute
 2. VStG § 44a gültig ab 01.02.1991

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde der BRH in K, vertreten durch Dr. Georg Schuchlenz, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Wienergasse (Eingang Glasergasse 2), gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 13. Juli 2010, Zl. KUVS-K5-67-68/9/2010, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 13. Juli 2010 wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, sie habe es als Arbeitgeberin der beiden ungarischen Staatsangehörigen JS und ID zu verantworten, dass sie diese entgegen § 3 AuslBG in der Zeit von Juli 2007 bis August 2008 mit Maler-, Anstreich- und Spachtelarbeiten auf diversen Baustellen der Malerei H mit Sitz in K beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 13. Juli 2010 wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, sie habe es als Arbeitgeberin der beiden ungarischen Staatsangehörigen JS und ID zu verantworten, dass sie diese entgegen Paragraph 3, AuslBG in der Zeit von Juli 2007 bis August 2008 mit Maler-, Anstreich- und Spachtelarbeiten auf diversen Baustellen der Malerei H mit Sitz in K beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Die Beschwerdeführerin habe dadurch zwei Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.500,- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je zwei Tagen) verhängt. Die Beschwerdeführerin habe dadurch zwei Übertretungen gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.500,- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je zwei Tagen) verhängt.

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

"Am 5.8.2008 um 10.00 Uhr wurde durch Organe des Finanzamtes X eine Kontrolle der Baustelle V durchgeführt. Dabei wurden die im Straferkenntnis genannten ungarischen Staatsangehörigen JS und ID beim Besichtigen und Ausmessen von Malerarbeiten angetroffen. JS gab an, dass er Subunternehmer für die Firma Malerei H, Inhaberin (Beschwerdeführerin), tätig sei." Am 5.8.2008 um 10.00 Uhr wurde durch Organe des Finanzamtes römisch zehn eine Kontrolle der Baustelle römisch fünf durchgeführt. Dabei wurden die im Straferkenntnis genannten ungarischen Staatsangehörigen JS und ID beim Besichtigen und Ausmessen von Malerarbeiten angetroffen. JS gab an, dass er Subunternehmer für die Firma Malerei H, Inhaberin (Beschwerdeführerin), tätig sei.

JS verfügt über das Gewerbe Malen, Anstreichen, Tapezieren, Schutz von Gebäuden und Holzkonstruktionen gegen Schädlinge und Korrosion und Gipsmontage und war von Mitte Juli 2007 bis August 2008 für die Malerei H immer wieder in Form von zuerst schriftlichen und anschließend mündlichen Werkverträgen tätig. Die (Beschwerdeführerin) hat JS, wenn Arbeit vorhanden war, telefonisch kontaktiert, dann haben sie sich am Ort der Baustelle getroffen und diese besichtigt und hat sie dann in der Folge einen Auftrag erteilt. Im Rahmen der Besichtigung hat JS einen Pauschalbetrag genannt und wurde auch der Fertigstellungszeitpunkt festgelegt. Es hat sich jeweils um Malerarbeiten gehandelt und hat JS den vereinbarten Betrag im Anschluss an die Arbeiten dann auch in Rechnung gestellt. Die Rechnungen wurden zumeist in Bar ausbezahlt. Pönale war keine vereinbart. Die laufende Kontrolle durch die (Beschwerdeführerin) hat es nicht gegeben. Es hat eine Endabnahme und eine Kontrolle nach Fertigstellung der Arbeiten gegeben. Bei wiederkehrenden Baubesprechungen wurde der Verlauf der Arbeiten besprochen. Das Material für die Arbeiten ist teilweise von der Firma JS gekommen, teilweise von der (Beschwerdeführerin). Das Werkzeug stammte von der Firma JS. Die Arbeitszeit hat sich Herr JS selbst eingeteilt. Bei manchen Projekten, z.B. dem Projekt G, hat die Firma JS sämtliche Malerarbeiten alleine durchgeführt. Die (Beschwerdeführerin) hat nicht kontrolliert, mit welchen Beschäftigten die Firma JS gearbeitet hat. Beim Bauvorhaben V (Kontrollort) hat die Firma JS Spachtelarbeiten durchgeführt. Es hat sich dabei um Vorarbeiten gehandelt. Die Spezialarbeiten wurden sodann von Stammarbeitskräften der Firma der (Beschwerdeführerin) durchgeführt. Bei dieser Baustelle hat die ungarische Firma JS auch die Betonträger gestrichen. In der Folge wurden diese dann wiederum von Stammarbeitskräften der Firma de(r Beschwerdeführerin) durchgeführt. JS verfügt über das Gewerbe Malen, Anstreichen, Tapezieren, Schutz von Gebäuden und Holzkonstruktionen gegen Schädlinge und Korrosion und Gipsmontage und war von Mitte Juli 2007 bis August 2008 für die Malerei H immer wieder in Form von zuerst schriftlichen und anschließend mündlichen Werkverträgen tätig. Die (Beschwerdeführerin) hat JS, wenn Arbeit vorhanden war, telefonisch kontaktiert, dann haben sie sich am Ort der Baustelle getroffen und diese besichtigt und hat sie dann in der Folge einen Auftrag erteilt. Im Rahmen der Besichtigung hat JS einen Pauschalbetrag genannt und wurde auch der Fertigstellungszeitpunkt festgelegt. Es hat sich jeweils um Malerarbeiten gehandelt und hat JS den vereinbarten Betrag im Anschluss an die Arbeiten dann

auch in Rechnung gestellt. Die Rechnungen wurden zumeist in Bar ausbezahlt. Pönale war keine vereinbart. Die laufende Kontrolle durch die (Beschwerdeführerin) hat es nicht gegeben. Es hat eine Endabnahme und eine Kontrolle nach Fertigstellung der Arbeiten gegeben. Bei wiederkehrenden Baubesprechungen wurde der Verlauf der Arbeiten besprochen. Das Material für die Arbeiten ist teilweise von der Firma JS gekommen, teilweise von der (Beschwerdeführerin). Das Werkzeug stammte von der Firma JS. Die Arbeitszeit hat sich Herr JS selbst eingeteilt. Bei manchen Projekten, z.B. dem Projekt G, hat die Firma JS sämtliche Malerarbeiten alleine durchgeführt. Die (Beschwerdeführerin) hat nicht kontrolliert, mit welchen Beschäftigten die Firma JS gearbeitet hat. Beim Bauvorhaben römisch fünf (Kontrollort) hat die Firma JS Spachtelarbeiten durchgeführt. Es hat sich dabei um Vorarbeiten gehandelt. Die Spezialarbeiten wurden sodann von Stammarbeitskräften der Firma der (Beschwerdeführerin) durchgeführt. Bei dieser Baustelle hat die ungarische Firma JS auch die Betonträger gestrichen. In der Folge wurden diese dann wiederum von Stammarbeitskräften der Firma de(r Beschwerdeführerin) durchgeführt.

Die (Beschwerdeführerin) war JS bei der Erstellung von Rechnungen behilflich. Nach Angaben der (Beschwerdeführerin) hat es eine Gewährleistung in der Art gegeben, dass die Mängel entweder behoben wurden von der Firma JS oder beispielsweise Entgeltabschläge vereinbart wurden.

Zwischen JS und ID gab es einen Arbeitsvertrag, datiert mit 21.4.2008, welchem jedoch keine tatsächlichen Arbeiten zu entnehmen sind. ID hat JS Rechnungen gestellt, wobei er jeweils die Hälfte der in den Rechnungen angegebenen Beträge, die JS an die (Beschwerdeführerin) gestellt hat, erhalten hat.

Der Strafbemessung wird Mangels Angaben ein monatliches Nettoeinkommen von EUR 1.000,-- zugrunde gelegt. Zur Tatzeit war die (Beschwerdeführerin) unbescholten."

Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde nach Wiedergabe von Zitaten aus der hg. Rechtsprechung aus:

"Die jeweiligen Arbeitsaufträge wurden entsprechend der Anweisung der (Beschwerdeführerin) vor Ort getroffen. Das Material wurde von der Firma der (Beschwerdeführerin) größtenteils zur Verfügung gestellt. Die vorgelegten Rechnungen der Firma JS wurden zum Großteil von der (Beschwerdeführerin) erstellt und wurden auch Vorarbeiten (z.B. Streichen von Säulen) für die Stammarbeitskräfte der Firma H erledigt. Diese Sachverhalte sprechen insgesamt dafür, dass die beiden ungarischen Arbeitskräfte JS und ID arbeitnehmerähnlich verwendet wurden.

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes hat die (Beschwerdeführerin) dadurch, dass sie die zwei ungarischen Staatsangehörigen mit Arbeiten auf bestimmten Baustellen beauftragt hat ohne eine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz eingeholt zu haben, den ihr zur Last gelegten Tatbestand verwirklicht. Der Umstand, dass die ausländischen Staatsangehörigen ihr Werkzeug selbst beigestellt haben, ist zu vernachlässigen, zumal die Charakteristika eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses überwiegen und kam auch die Arbeitsleistung der (Beschwerdeführerin) zugute."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

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 (vgl. 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 (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 (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, Zl. 2009/09/0287, 0288). 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, Zl. 2009/09/0287, 0288).

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).

Im gegenständlichen Fall hat die belangte Behörde die Angaben der Beschwerdeführerin sowie des in ihrem Unternehmen beschäftigten, als Zeugen einvernommenen SH nicht als unglaubwürdig gewertet. Sie stellte den Sachverhalt "im Wesentlichen" beruhend auf den Angaben der Beschwerdeführerin, darüber hinaus des Zeugen SH fest.

Nach diesen Sachverhaltsfeststellungen wurde aber bereits vor Vertragsabschluss zwischen der Beschwerdeführerin und JS zur Ausführung von Maler-, Anstreich- und Spachtelarbeiten bei Besichtigung der jeweiligen Baustelle der Umfang der Arbeiten festgelegt, der gegenständlich in der mündlichen Verhandlung vom 4. Mai 2010 von der Beschwerdeführerin mit "Großhandel/Lager" laut einer vorgelegten Skizze bezeichnet wurde. Hiefür wurde von JS ein Pauschalpreis angeboten und sodann der Auftrag zur Ausführung geschlossen. Schon deshalb handelt es sich gegenständlich um die Herstellung eines abgrenzbaren, unterscheidbaren "gewährleistungstauglichen" Werkes.

Dass zwischen JS und ID ein "Arbeitsvertrag" bestand, stellte die belangte Behörde fest. Dass es sich dabei um eine unselbständige Beschäftigung des ID beim Arbeitgeber JS handelte (wofür spricht, dass nach den Feststellungen in diesem "Arbeitsvertrag" keine tatsächlichen Arbeiten zu entnehmen seien), wird in der Beschwerde nicht bestritten. Der Beschwerdeführerin wäre dies aber nur dann vorwerfbar, wenn es sich nach der Abgrenzung gemäß § 4 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) um die Verwendung des ID als von JS überlassene Arbeitskraft handelte. Dass zwischen JS und ID ein "Arbeitsvertrag" bestand, stellte die belangte Behörde fest. Dass es sich dabei um eine unselbständige Beschäftigung des ID beim Arbeitgeber JS handelte (wofür spricht, dass nach den Feststellungen in diesem "Arbeitsvertrag" keine tatsächlichen Arbeiten zu entnehmen seien), wird in der Beschwerde nicht bestritten. Der Beschwerdeführerin wäre dies aber nur dann vorwerfbar, wenn es sich nach der Abgrenzung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) um die Verwendung des ID als von JS überlassene Arbeitskraft handelte.

Folgende Umstände sprechen gegen die Einordnung des JS und des ID in das Unternehmen der Beschwerdeführerin als unselbständige Arbeitskräfte:

- -Strichaufzählung
Es gab keine "Arbeitsanweisungen" oder laufende Kontrollen seitens des Unternehmens der Beschwerdeführerin, lediglich eine Kontrolle nach Fertigstellung (Endabnahme);
- -Strichaufzählung
JS war zur Gewährleistung verpflichtet, was die Beschwerdeführerin in der Verhandlung vom 23. April 2010 wie folgt näher ausführte: "Wenn es Mängel gegeben hat, hat entweder er die Mängel behoben oder hat es diesbezüglich eine andere Lösung gegeben, wie beispielsweise Entgeltabschläge";
- -Strichaufzählung
eine Vertretung im Verhinderungsfall war vereinbart (Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung 23. April 2010);
es gab keine Anweisungen, ob JS die Arbeiten selbst oder allein durchzuführen habe. Ob und wie viele Gehilfen JS einsetzte, stand in der Entscheidungsbefugnis des JS und war für die Beschwerdeführerin irrelevant;
- -Strichaufzählung
die Ungarn verwendeten eigenes Werkzeug und Fahrzeug (Beschwerdeführerin 23. April 2010), es gab keine gemeinsamen Fahrten der Ungarn mit Arbeitern der Beschwerdeführerin zur Baustelle (Zeuge SH 4. Mai 2010);
- -Strichaufzählung
JS war in der Einteilung der Arbeitszeit (sowohl seiner als auch der seiner Gehilfen) frei.

Für unselbständige Tätigkeit sprechen folgende Umstände:

- -Strichaufzählung
Im Bereich der Streichung von Betonträgern, somit in einem Teil der von JS zu verrichtenden Tätigkeiten, fand ein ununterscheidbares Zusammenwirken von JS und ID (diese stellten den ersten Anstrich her) und Arbeitnehmern der Beschwerdeführerin (diese stellten den zweiten Anstrich her) statt. Dazu wurde von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem fixierten Endtermin vorgebracht, dass sich diesbezüglich das vereinbarte Entgelt von JS verringert habe. Die belangte Behörde hat dieses Vorbringen nicht erwähnt, aber auch nicht als unglaublich erachtet. Da es sich nur um einen Teilbereich der zu verrichtenden Tätigkeiten handelt und die Erklärung der Beschwerdeführerin nicht von vornherein als untauglich einzustufen ist, kommt diesem Umstand nur geringes Gewicht zu.
- -Strichaufzählung
Der überwiegende Teil des Materials wurde von der Beschwerdeführerin beigestellt. Dem kommt angesichts des Umstandes, dass das Werkzeug zur Gänze und auch ein Teil des Materials (wenngleich nur "Kleinmaterial") von JS beigestellt wurde, kein besonders schwer wiegendes Gewicht zu.
- -Strichaufzählung
Die Beschwerdeführerin war JS bei der Rechnungserstellung "behilflich". Dies wurde von der Beschwerdeführerin in der Verhandlung vom 23. April 2010 im Zusammenhang mit den "eingeschränkten" Deutschkenntnissen des JS erklärt; sie habe "die Bauvorhaben richtig in Deutsch bezeichnet, er hat dann die weiteren Zahlen, wie Rechnungsbeträge und Daten eingefügt". Sollte es sich tatsächlich nur um eine derartige Hilfestellung gehandelt haben (die belangte Behörde ging auch darauf nicht näher ein), so käme dieser Hilfestellung nur geringe

Aussagekraft zu.

Zwar hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen Fällen ausgesprochen, dass einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, mwN). Der gegenständliche Fall unterscheidet sich aber insofern, als es sich zwar teilweise um relativ einfache Hilfsarbeiten auf einer Baustelle handelt, jedoch nach den vorliegenden Feststellungen der belangten Behörde und den Aussagen, auf die sich die belangte Behörde stützte, mit Ausnahme des oben dargestellten Teiles "Betonträger" kein unmittelbares zeitliches Zusammenwirken vorliegt. Zwar hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen Fällen ausgesprochen, dass einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, mwN). Der gegenständliche Fall unterscheidet sich aber insofern, als es sich zwar teilweise um relativ einfache Hilfsarbeiten auf einer Baustelle handelt, jedoch nach den vorliegenden Feststellungen der belangten Behörde und den Aussagen, auf die sich die belangte Behörde stützte, mit Ausnahme des oben dargestellten Teiles "Betonträger" kein unmittelbares zeitliches Zusammenwirken vorliegt.

Ist aber von einem Werkvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und JS auszugehen, und sprechen auch sonst die überwiegenden Umstände gegen eine Überlassung im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG, wäre hinsichtlich der Beschäftigung des ID eine Strafbarkeit nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b. und nicht lit. a AuslBG - bei denen es sich um zwei verschiedene Taten handelt, die im Berufungsverfahren nicht ausgewechselt werden dürfen (vgl. u.a. die hg. Erkenntnisse vom 30. Oktober 1991, Zl. 91/09/0111, und vom 1. Juli 2010, Zl. 2009/09/0234) - allenfalls deshalb anzunehmen, weil es sich bei Bau- und Malerleistungen um einen geschützten Sektor handelt und daher die Inanspruchnahme entsandter Arbeitnehmer entsprechende beschäftigungsrechtliche Titel voraussetzt, die hier nicht vorliegen, worauf jedoch hier nicht einzugehen ist. Ist aber von einem Werkvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und JS auszugehen, und sprechen auch sonst die überwiegenden Umstände gegen eine Überlassung im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, AÜG, wäre hinsichtlich der Beschäftigung des ID eine Strafbarkeit nach Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera b, und nicht Litera a, AuslBG - bei denen es sich um zwei verschiedene Taten handelt, die im Berufungsverfahren nicht ausgewechselt werden dürfen vergleiche u.a. die hg. Erkenntnisse vom 30. Oktober 1991, Zl. 91/09/0111, und vom 1. Juli 2010, Zl. 2009/09/0234) - allenfalls deshalb anzunehmen, weil es sich bei Bau- und Malerleistungen um einen geschützten Sektor handelt und daher die Inanspruchnahme entsandter Arbeitnehmer entsprechende beschäftigungsrechtliche Titel voraussetzt, die hier nicht vorliegen, worauf jedoch hier nicht einzugehen ist. Der angefochtene Bescheid erweist sich daher mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war. Der angefochtene Bescheid erweist sich daher mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Wien, am 9. Dezember 2010 Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008., Wien, am 9. Dezember 2010

Schlagworte

Spruch der Berufungsbehörde (siehe auch AVG §66 Abs4 Besondere verfahrensrechtliche Aufgaben der Berufungsbehörde Spruch des Berufungsbescheides) "Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2010090184.X00

Im RIS seit

11.01.2011

Zuletzt aktualisiert am

10.03.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at