

# TE Vwgh Erkenntnis 2003/11/20 2000/09/0208

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.11.2003

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1151;  
AuslBG §2 Abs2 litb;  
AuslBG §2 Abs3 lit a;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;  
AuslBG §3 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Hanslik, über die Beschwerde des Ing. L in W, vertreten durch die Rechtsanwälte Auer & Auer in 1010 Wien, Naglergasse 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 8. November 2000, Zl. UVS-07/A/37/75/1999/25, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit; Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochten Bescheid der belangten Behörde vom 8. November 2000 wurde der Beschwerdeführer - unter Bedachtnahme auf die aus dem erstinstanzlichen Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 11. Jänner 1999 übernommenen Spruchteile - der Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) dahingehend für schuldig befunden, er

habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der K Vertriebsgesellschaft mbH mit dem Sitz in W zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin den mazedonischen Staatsangehörigen R in S vom 5. April bis 30. Juni 1998 ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung als Regalbetreuer beschäftigt habe.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurden über den Beschwerdeführer - in Stattgebung seiner Berufung gegen die Strafhöhe - nach dem ersten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 (richtig wohl: ohne Hinzufügung der lit. a) AuslBG eine Geldstrafe in Höhe von S 20.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe drei Tage und zwölf Stunden) und ein (herabgesetzter) Kostenbeitrag für das erstinstanzliche Verfahren von S 2.000,-- verhängt.

Die belangte Behörde hat - nach Darstellung des Verfahrensverlaufes und Wiedergabe des Wortlautes der abgelegten Aussagen - folgenden Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

"Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens wird als erwiesen angenommen, dass der mazedonische Staatsangehörige R vom 1.2.1998 bis 30.6.1998 für die K VertriebsgmbH als Regalbetreuer bei Großmärkten im Raume S, insbesondere bei der Firma S, tätig war. Bis 4.4.1998 lag eine für den örtlichen Geltungsbereich S gültige Arbeitserlaubnis vor, danach waren bis zum Ende des angeführten Zeitraumes keine arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen erteilt. R erbrachte seine Arbeitsleistungen (wie sich aus den vorgelegten Arbeitsberichten ergibt, war er lediglich ein einziges Mal, nämlich im Juni 1998, zwei Stunden bei M in S tätig) im Verkaufsmarkt der Firma S in S, er arbeitete in den Monaten Jänner bis Juni 1998 jeweils etwa 29 bis 37 Stunden in den beiden Märkten. Die genauen Arbeitszeiten richteten sich nach Vereinbarung mit dem Abteilungsleiter des S und den dortigen Erfordernissen in Absprache mit R; dieser konnte sich fallweise durch einen anderen Vertragspartner der K VertriebsgmbH vertreten lassen. Die Tätigkeit R als Regalbetreuer bei dem Großmarkt richtete sich nach den Anforderungen und Gegebenheiten dieses Großmarktes und wurden die von ihm durchgeführten Tätigkeiten und die geleisteten Arbeitsstunden von Vertretern des Großmarktes beaufsichtigt. Für die K VertriebsgmbH musste R monatliche Arbeitsberichte erstellen, in denen das Datum, die Dauer und die durchgeführte Tätigkeit sowie der Einsatzort aufgeführt werden mussten, welche grundsätzlich vom Vertreter des Großmarktes mitzufertigen waren und der Abrechnung des Entgeltes durch K VertriebsgmbH dienten. R verfügte weiters weder über eine eigene Betriebsstelle noch über eigene Betriebsmittel und arbeitete seinen Angaben zufolge im genannten Zeitraum neben seiner Tätigkeit für K VertriebsgmbH nur als Produktionsassistent einer Theatergruppe in Wien. Für die von ihm geleisteten und mit Arbeitsbericht nachgewiesenen Stunden wurde er mit ATS 100,-- pro Stunde entlohnt, wobei er von K VertriebsgmbH auch gemäß § 4 Abs. 4 ASVG zur Sozialversicherung gemeldet war. Die von R erbrachten Arbeitsleistungen waren wirtschaftlich S und der K VertriebsgmbH zuzurechnen."

In rechtlicher Hinsicht würdigte die belangte Behörde nach Darlegung der maßgebenden Rechtslage und der Beurteilungsgrundsätze für Arbeitnehmerähnlichkeit bzw. von typischen Merkmalen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit den festgestellten Sachverhalt wie folgt:

"Die rechtliche Würdigung der des oben geschilderten Sachverhaltes unter Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes und Gewichtung nach den Kriterien der soeben erwähnten Literatur, welche auch in die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ihren Eingang gefunden hat, ergibt, dass im gegenständlichen Fall, selbst wenn sich R durch andere Dienstnehmer der K VertriebsgmbH vertreten lassen konnte und keinem Konkurrenzverbot unterlag, das Vertragsverhältnis zwischen ihm und der K VertriebsgmbH eindeutig als arbeitnehmerähnliches Verhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b Ausländerbeschäftigungsgesetz zu beurteilen war.

Berücksichtigt man die Tatsache, dass die konkreten Arbeitsabläufe die im Betrieb des Großmarktes nach dessen Vorgaben und unter dessen Kontrolle durchgeführt wurden, so war wohl sogar davon auszugehen, dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes von K VertriebsgmbH an S stattfand, welche auch von der bis 4.4.1998 zeitlich gültigen Arbeitserlaubnis gemäß § 14c Abs. 1 Z. 1 AuslBG nicht gedeckt gewesen wäre; da jedoch diesbezüglich keine Verfolgungshandlungen gesetzt wurden, ist eine Erweiterung des Tatzeitraumes nicht möglich.

Der objektive Tatbestand der dem Berufungswerber zur Last gelegten Verwaltungsübertretung war damit erfüllt."

Die weitere Begründung des angefochtenen Bescheides betrifft die subjektive Tatseite und die Strafbemessung.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in dem Recht verletzt, nicht der ihm zur Last

gelegten Verwaltungsübertretung nach dem AuslBG schuldig erkannt und dafür bestraft zu werden. Er beantragt, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeiten infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor, verzichtete auf Erstattung einer Gegenschrift und verzeichnete ihren Vorlageaufwand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG gilt die Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, als Beschäftigung.

Nach dem Abs. 3 lit. a dieser Gesetzesstelle sind den Arbeitgebern gleichzuhalten in den Fällen des Abs. 2 lit. d die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendungen eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist.

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist zufolge Abs. 4 erster Satz leg. cit. der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Sendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde, oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Eine Verwaltungsübertretung begeht - sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet - wer nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den wider eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) ausgestellt wurde und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde nach den in dieser Gesetzesbestimmung näher bezeichneten Strafsätzen zu bestrafen.

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Vertragsverhältnis zwischen dem Ausländer (R) und der K Vertriebsgesellschaft mbH sei nicht als ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zu beurteilen. Die Begründung des angefochtenen Bescheides sei in dieser Hinsicht mangelhaft bzw. ergänzungsbedürftig.

Nach den im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen bzw. den - über Aufforderung der belangten Behörde - mit Urkundenvorlage vom 25. Februar 1999 vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen hat der Ausländer mit der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft einen mit 1. Jänner 1998 datierten "freien Dienstvertrag" geschlossen und aufgrund dieses Vertrages im Zeitraum Jänner bis Juni 1998 Arbeitsleistungen erbracht. Den vorgelegten Arbeitsberichten zufolge hat der Ausländer in den Monaten Jänner und Februar jeweils 34 Stunden, im März 29 Stunden, im April 37 Stunden, im Mai 32 Stunden und im Juni 37 Stunden gearbeitet.

Für die Beurteilung, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, aufgrund dessen die Beschäftigung ausgeübt wird, sondern sind die "wahren Verhältnisse" entscheidend, d.h., ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß vereinbarten) Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Dem Vertrag kommt allerdings zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. die Annahme, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht (d.h. soweit es sich nicht um einen Scheinvertrag handelt), ist er als Teil der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung (anhand der in der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien) in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 1992, Zl. 91/08/0077, und die darin angegebene Judikatur).

Die belangte Behörde hat nicht festgestellt, dass die tatsächliche Beschäftigung des Ausländers von dem abgeschlossenen (schriftlichen) "freien Dienstvertrag" abgewichen sei, oder dass dieser Vertrag bloß ein Scheinvertrag ist. Bei der Beurteilung des vorliegenden Beschäftigungsverhältnisses ist somit davon auszugehen, dass die tatsächliche Beschäftigung entsprechend diesem Vertrag ausgeübt wurde.

Ein sogenannter freier Dienstvertrag unterscheidet sich von einem "echten" Dienstvertrag dadurch, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete diese Dienstleistung in persönlicher Selbstständigkeit 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 der §§ 1151 ff ABGB, diese Bestimmungen sind nicht unmittelbar anzuwenden; er begründet kein Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis. Wer somit den Ablauf der Arbeit selbstständig 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. Freie Dienstnehmer unterliegen grundsätzlich nicht dem AuslBG (vgl. Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung, Wien 1995, Seite 82; Krejci in Rummel ABGB, dritte Auflage 2000, erster Band, RZ 83 zu § 1151; Strasser in DRdA 1992, 93 ff; das genannte Erkenntnis Zl. 91/08/0077; sowie die bei Dittrich/Tades ABGB, 34. Auflage 1994, Seite 1.384, E 91 ff wiedergegebene Judikatur).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt dargelegt hat (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0102, und vom 4. September 2003, Zl. 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.

Die belangte Behörde hatte demnach vorliegend zu beurteilen, ob der Ausländer in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis verwendet wurde.

Danach ist die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des "Arbeitnehmerähnlichen" entscheidend, die darin zu erblicken ist, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig ist. Maßgebend ist dabei der "organisatorische Aspekt der wirtschaftlichen Unabhängigkeit". In dieser Hinsicht bedarf es der Prüfung, ob das konkrete Gesamtbild der Tätigkeit des "Arbeitnehmerähnlichen" so beschaffen ist, dass dieser trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, seine Arbeitskraft - insoweit er durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über seine Arbeitskraft gehindert ist - anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Bei dieser Beurteilung ist (in methodischer Hinsicht) zu beachten, dass nicht alle Kriterien, die in einem konkreten Einzelfall möglicherweise relevant sein können, als solche aber gar nicht erschöpfend erfassbar sind, verwirklicht sein müssen. Eine Person kann als arbeitnehmerähnlich auch beurteilt werden, hinsichtlich deren Tätigkeit das eine oder andere (relevante) Merkmal fehlt oder nur geringfügig ausgeprägt ist, während andere Merkmale in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kommen. Einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, dürfen nicht isoliert von einander, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl und Stärke (Gewicht) bewertet werden.

Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach den Regeln des "beweglichen Systems", 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 Merkmals durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153, und vom 27. Februar 2003, Zl. 2000/09/0058).

Die belangte Behörde hat nach ihrer Bescheidbegründung in dieser Hinsicht - nach Darlegung allgemeiner Grundsätze der Rechtsprechung bzw. von Merkmalen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit - den festgestellten Sachverhalt bzw. die vorliegende Tätigkeit des (entsprechend dem freien Dienstvertrag verwendeten) Ausländers lediglich dahingehend gewürdigt, dass

"im gegenständlichen Fall, selbst wenn sich R durch andere Dienstnehmer der K VertriebsgmbH vertreten lassen konnte und keinem Konkurrenzverbot unterlag, das Vertragsverhältnis zwischen ihm und der K VertriebsgmbH eindeutig als arbeitnehmerähnliches Verhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b Ausländerbeschäftigungsgesetz zu beurteilen war".

Nach dieser Begründung ist allerdings nicht erkennbar, welche Erwägungen die belangte Behörde zu dieser Einschätzung geführt haben. Die konkret herausgestellten Merkmale (Möglichkeit einer Vertretung und das Fehlen eines Konkurrenzverbotes) - die jedoch gegen ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen - hat die belangte Behörde nicht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung mit Merkmalen, die für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, bewertet; vielmehr hat die belangte Behörde Merkmale, die für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis

sprechen, - selbst unter Einbeziehung der (oben wörtlich wiedergegebenen) zur "Arbeitskräfteüberlassung" gemachten Ausführungen - nicht konkret dargestellt. Demnach hat die belangte Behörde keine Bewertung der im Beschwerdefall maßgeblichen Merkmale nach Zahl und Gewicht vorgenommen.

Da somit eine auf den konkreten Fall bezogene Begründung betreffend das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses fehlt, erweist sich die Bescheidbegründung als nicht nachvollziehbar. Die belangte Behörde hat daher den angefochtenen Bescheid mit einem wesentlichen Verfahrensfehler belastet (vgl. die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I, 2. Auflage 1998, Seite 1.068, E 163 und 164 wiedergegebene Judikatur).

Da somit Verfahrensvorschriften (hinsichtlich der Begründungspflicht) außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem andern Bescheid hätte kommen können, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. II Nr. 333/2003. Die Umrechnung der Gebühr nach § 24 Abs. 3 VwGG beruht auf § 3 Abs. 2 Z. 2 Eurogesetz, BGBl. I Nr. 72/2000.

Wien, am 20. November 2003

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2003:2000090208.X00

**Im RIS seit**

24.12.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

08.06.2011

**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)