

TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/16 W178 2220150-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.09.2019

Entscheidungsdatum

16.09.2019

Norm

AuslBG §2 Abs2

AuslBG §32a

B-VG Art. 133 Abs4

Spruch

W178 2220150-1/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Maria PARZER als Vorsitzende und Frau Maga Brigitte Schulz und Dr. Johannes PFLUG als Beisitzer/-innen über die Beschwerde des Herrn XXXX vertreten durch RA Dr. Gerhard Koller gegen den Bescheid des AMS, Wien Esteplatz vom 07.03.2019, Zl. RGS 960/081115/1716977/2019, betreffend EU-Freizügigkeitsbestätigung nach § 32a AuslBG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 10.09.2019 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß§ 28 Abs 1 und 2 VwGVG keine Folge gegeben und der angefochtene Bescheid bestätigt.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer (Bf) hat einen Antrag vom 01.02.2019 auf Freizügigkeitsbestätigung als kroatischer Staatsangehörige beim AMS eingebracht.
2. Mit Bescheid des AMS Wien Esteplatz hat mit Bescheid vom 07.03.2019 den Antrag auf EU-Freizügigkeitsbestätigung abgelehnt, mit der Begründung, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt seiner Tätigkeit als Verspachtler diese nach § 2 Abs 2 AuslBG als unselbstständige, weil arbeitnehmerähnliche Beschäftigung zu beurteilen sei; da keine Bewilligung erteilt worden sei, liege kein Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit vor.
3. Dagegen wurde Beschwerde erhoben. Zur Begründung wird vorgebracht, dass es sich beim "Verspachteln von

bereits montierten Gipskartonplatten" um ein freies Gewerbe handle. Der Bf sei seit 3 Jahren einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen. Gemäß § 15 Abs 1 Z 1 AuslBG werde niedergelassenen Ausländern ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang eingeräumt, wenn sie bereits erlaubt im Bundegebiet tätig waren (unter Hinweis auf Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG (2018), § 15 Rz.9)

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Bf ist kroatischer Staatsangehöriger; er ist seit 02.04.2015 Inhaber einer österreichischen Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/Innen als Selbstständiger gemäß § 51 Abs 1 Z 1 NAG. Laut Meldebestätigung (ZMR -Ausdruck) ist er seit 29.07.2014 in Wien gemeldet.

Er ist ausgebildeter Kellner.

Seit 04.08.2014 ist er Inhaber einer Gewerbeberechtigung lautend auf "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten".

Er hat keine Einkommenssteuererklärungen seit 2014 abgegeben und wurde auch amtswegig nicht zur Einkommenssteuer veranlagt.

Lt. Versicherungsdatenauskunft des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger besteht seit 04.08.2014 eine Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 1 GSVG des Bf bei der SVA.

Er hat jeweils nur für einen Auftraggeber gearbeitet, er hatte keine betriebliche Infrastruktur, er hat nur Kleinmaterial wie Spachteln selbst mitgebracht. Bei seinen Arbeiten, die er ab 2017 vom als Zeugen vernommenen Herrn XXXX (Einzelunternehmen Trockenausbau) übernommen hat, hat er als Verspachtler den Auftrag, den Herr XXXX selbst als Subunternehmer angenommen hatte, auf einer Baustelle abgearbeitet. Er hat mit dem Material der Auftraggeber seines Auftraggebers gearbeitet. Er wurde nach m2 bezahlt.

Vor Beginn wurde die Arbeit dem Bf auf der Baustelle erklärt und auch der Zeitraum genannt, wann die Arbeit fertig zu sein hatte. Einen schriftlichen Auftrag gab es nicht. Herr XXXX war zum Teil an derselben Baustelle vorhanden, zum Teil nicht. Für andere Auftraggeber (z.B. XXXX) hat er auch als Verspachtler gearbeitet. Für den Zeugen XXXX hat er eine Wohnung ausgeräumt und verspachtelt sowie ausgemalt. Es wurde bei dieser Beschäftigung eine Pauschale als Entlohnung vereinbart.

Die Rechnungen wurde monatsweise gelegt, bezahlt wurde nach geleisteten m2 bzw. Laufmetern (bei Kantenschutzprofilen).

Der Bf ging davon aus, dass er seine Tätigkeit auf legaler Basis ausübt.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Akt des AMS und aus dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 10.09.2019.

Die Aussagen, dass er die Spachtelmasse selbst kaufe, hat der Bf selbst revidiert und wurde auch vom Zeugen XXXX glaubhaft bestätigt, dass die vom Auftraggeber, der in der Auftragskette weiter oben lag, zur Verfügung gestellt wurde.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1 Zuständigkeit

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20g Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

3.2 Gesetzliche Grundlagen

§ 32a AuslBG:

(1) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die am 1. Jänner 2007 aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union (Beitrittsvertrag von Luxemburg), Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 157 vom 21. Juni 2005, Seite 11, der Europäischen Union beigetreten sind, genießen keine Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 lit. I, es sei denn, sie sind Angehörige eines gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten Staatsangehörigen eines anderen EWR-Mitgliedstaates gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG.

(2) EU-Bürger gemäß Abs. 1 haben unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, wenn sie

1. am Tag des Beitritts oder nach dem Beitritt rechtmäßig im Bundesgebiet beschäftigt sind und ununterbrochen mindestens zwölf Monate zum Arbeitsmarkt zugelassen waren oder

2. die Voraussetzungen des § 15 sinngemäß erfüllen oder

3. seit fünf Jahren im Bundesgebiet dauernd niedergelassen sind und über ein regelmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügen.

(3) Ehegatten und eingetragene Partner von EU-Bürgern gemäß Abs. 2 und deren Verwandte in gerader absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und darüber hinaus, sofern ihnen von diesen Unterhalt gewährt wird, haben unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, wenn sie mit diesen einen gemeinsamen rechtmäßigen Wohnsitz im Bundesgebiet haben.

(4) Das Recht auf unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt gemäß Abs. 2 und 3 ist von der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu bestätigen. Die Bestätigung ist vor Beginn der Beschäftigung einzuholen. Der Arbeitgeber hat eine Ausfertigung der Bestätigung im Betrieb zur Einsichtnahme bereitzuhalten. Die Bestätigung erlischt bei Ausreise aus dem Bundesgebiet aus einem nicht nur vorübergehenden Grunde.

(6) bis (10) ...

(11) Aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Republik Kroatien zur Europäischen Union, ABL. Nr. L 112 vom 24.04.2012 S. 10, gelten die Abs. 1 bis 9 ab dem EU-Beitritt Kroatiens sinngemäß für Staatsangehörige der Republik Kroatien und für Arbeitgeber mit Betriebsitz in der Republik Kroatien. Kroatischen Staatsangehörigen, die bis zum Beitritt gemäß § 17 zur Ausübung einer Beschäftigung im gesamten Bundesgebiet berechtigt waren, ist ohne weitere Prüfung ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang zu bestätigen. Die Abs. 3 und 4 sind mit der Maßgabe anzuwenden, dass den dort genannten Familienangehörigen in den ersten zwei Jahren ab dem Beitritt unbeschränkter Arbeitsmarktzugang nur dann zu bestätigen ist, wenn sie mit dem kroatischen Staatsangehörigen, der bereits unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt hat, am Tag des Beitritts oder, sofern sie erst später nachziehen, mindestens achtzehn Monate einen gemeinsamen rechtmäßigen Wohnsitz im Bundesgebiet hatten. Diese Frist entfällt, wenn der kroatische Staatsangehörige bis zum Beitritt über eine "Rot-Weiß-Rot - Karte", eine "Rot-Weiß-Rot - Karte plus", eine "Blaue Karte EU" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" verfügt hat.

(11a) und (12) ..."

Gemäß § 15 AuslBG wird Ausländern, die im Besitz einer "Niederlassungsbewilligung" oder einer "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger" sind, im Rahmen eines Zweckänderungsverfahrens zur Erteilung einer "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" unbeschränkter Arbeitsmarktzugang eingeräumt (§ 17), wenn sie

1. seit zwei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen und fortgeschritten integriert sind oder

2. im Besitz einer gültigen Arbeitserlaubnis oder eines gültigen Befreiungsscheines sind oder

3. Ehegatte, eingetragener Partner oder minderjähriges lediges Kind (einschließlich Stief- und Adoptivkind) eines Ausländers gemäß Z 1 oder 2 und bereits zwölf Monate rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen sind.

(2) Als fortgeschritten integriert im Sinne des Abs. 1 Z 1 gelten Personen, die bereits erlaubt im Bundesgebiet beschäftigt waren oder deren Zulassung zu einer Beschäftigung im Hinblick auf ihre besondere soziale und familiäre Verankerung in Österreich geboten ist. Dazu gehören insbesondere nachgezogene Familienangehörige, die das Modul

I der Integrationsvereinbarung erfüllt haben. Bei Opfern familiärer Gewalt kann vom Erfordernis einer zweijährigen rechtmäßigen Niederlassung abgesehen werden, wenn die Aufnahme einer Beschäftigung zur Sicherung einer selbständigen Lebensführung geboten ist.

Gemäß § 2 AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

- a) in den Fällen eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisses (Abs. 2 lit. b) der Vertragspartner,
- b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter,
- c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des § 5a Abs. 3 des Landarbeitsgesetzes 1984,
- d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 auszustellen ist und
- e) der Inhaber der Niederlassung, die einen unternehmensintern transferierten Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 13) beschäftigt.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

3.3 Im konkreten Fall:

3.3.1 Prüfung, ob der Bf erlaubt tätig war.

Die belangte Behörde begründet ihre ablehnende Entscheidung damit, dass der Bf seine Tätigkeit nicht ohne Beschäftigungsbewilligung ausüben durfte, weil es sich um eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit handelte und er für diese Tätigkeit eine Bewilligung nach § 2 Abs 2 AuslBG erforderlich gewesen wäre.

Damit ist die belangte Behörde im Recht:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung, etwa in seinem Erkenntnis vom 5. September 2013, 2012/09/0119, judiziert, ist der Begriff der Beschäftigung 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 Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG 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 Ausländerbeschäftigungsgesetz unterworfenen Beschäftigung auszugehen.

3.3.2

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 kann eine unternehmerähnliche oder eine arbeitnehmerähnliche Stellung begründen. 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 für 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 VwGH 5.9.2013, 2012/09/0119, mwN).

3.3.3 Arbeitnehmerähnliche Tätigkeit

Wie oben ausgeführt ist für das Vorliegen eines der Bewilligungspflicht unterworfenen Beschäftigungsverhältnisses im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis und eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers ausreichend.

Im gegenständlichen Fall liegen die Elemente der längeren Tätigkeit für ein- und denselben Auftraggeber, das Arbeiten mit fremden Betriebsmittel, die fehlende unternehmerische Disposition, die fehlende Präsenz am Markt, die ausschließlich persönliche Leistungserbringung, die Tatsache, dass eine Dienstleistung zu erbringen war und es sich um keine von vornherein genau festgelegte Leistung handelt, vor. Es ist somit nach den oben angeführten Kriterien wirtschaftliche Abhängigkeit zu bejahen. Nach § 2 Abs 2 AuslBG war eine Beschäftigung gegeben, für die eine Beschäftigungsbewilligung zu beantragen gewesen wäre. Dadurch dass der Bf das nicht getan hat, hat er eine nicht erlaubte Tätigkeit ausgeübt und es fehlen die Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Freizügigkeitsbestätigung.

Der Bf hat durchaus glaubhaft vermittelt, dass er nach seiner Meinung und seinen Erfahrungen in der Baubranche erlaubterweise beschäftigt war, weil ein Gewerbeschein als Basis einer Beschäftigung durch einen Ausländer nicht unüblich ist. Dass ändert aber nichts an der Tatsache, dass die rechtliche Voraussetzung einer erlaubten Erwerbstätigkeit für die Erteilung einer EU-Freizügigkeitsbestätigung nach § 32a Abs 2 Z 2 AuslBG iVm § 15 AuslBG nicht gegeben ist.

Zu B) Zur Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Beschäftigungsbewilligung, Freizügigkeitsbestätigung, wirtschaftliche Abhängigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W178.2220150.1.00

Zuletzt aktualisiert am

28.10.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at