jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 1997/10/1 96/09/0036

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.10.1997

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §1 Abs1;
AuslBG §2 Abs1 lita idF 1990/450;
AuslBG §2 Abs1;
AuslBG §2 Abs2 litb idF 1990/450;
AuslBG §2 Abs2 litb;
AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §2 Abs3 lita;
AuslBG §2 Abs4 idF 1993/502;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1990/450;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §29;
AuslBG §3 Abs1 idF 1990/450;
AuslBG §3 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Loibl, über die Beschwerde des Dr. Kurt M, vertreten durch Dr. Konrad Ferner, Dr. Walter Wienerroither und Dr. Robert Krivanec, Rechtsanwälte in Salzburg, Hellbrunner Straße 7a, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Salzburg vom 12. Dezember 1995, Zl. UVS-11/298/12-1995, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, weitere Partei Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.980,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Salzburg vom

12. Dezember 1995 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 3 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) zu einer Geldstrafe von S 10.000,--, im Nichteinbringungsfalle zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag und acht Stunden bestraft, weil er als Arbeitgeber einen namentlich genannten Ausländer "zumindest am 12. Oktober 1994 um 10.45 Uhr beschäftigt" habe, ohne daß eine Beschäftigungsbewilligung, ein Befreiungsschein oder eine Arbeitserlaubnis vorgelegen sei.

Der angefochtene Bescheid wurde im wesentlichen damit begründet, daß der Beschwerdeführer von Beruf Gastwirt sei und zum Tatzeitpunkt sein Gasthaus umgebaut habe. Jener Ausländer, wegen dessen unrechtmäßiger Beschäftigung er bestraft worden sei, habe bei ihm auf Vorschlag eines anderen Ausländers, welcher schon vor dem Tatzeitpunkt bei ihm gearbeitet habe, vorgesprochen, um allenfalls ebenso Arbeit auf seiner Baustelle zu bekommen. Der Beschwerdeführer habe mit dem im Spruch des angefochtenen Bescheides genannten Ausländer vereinbart, dieser möge eine bestimmte Mauer auf der Baustelle verputzen. Im Anschluß daran solle er zum Beschwerdeführer kommen, um diesen von der Fertigstellung in Kenntnis zu setzen. Der im Spruch des angefochtenen Bescheides namentlich genannte Ausländer habe zumindest zwischen 8.00 Uhr und 10.45 Uhr des Tattages auf der Baustelle des Beschwerdeführers in Arbeitskleidung, welche schmutzig gewesen sei, gearbeitet. Er habe sich, als er von Kontrollorganen des Arbeitsmarktservice angetroffen worden sei, an der Mischmaschine befunden. Zwischen dem Beschwerdeführer und dem Ausländer sei keine Entgeltvereinbarung getroffen worden. Der Ausländer habe den Beschwerdeführer auch nicht danach gefragt. Es sei aber auch keine Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Ausländer mit dem Inhalt, die Tätigkeit auf der Baustelle sei unentgeltlich zu verrichten, getroffen worden. Die Tätigkeit des Ausländers sei insofern zur Probe erfolgt, als eine allfällige fixe Beschäftigung vom Ergebnis dieser ersten Beschäftigung abhängig gewesen sei. Der Beschwerdeführer sei während der Tätigkeit des Ausländers, welche von diesem allein verrichtet worden sei, entweder auf der Baustelle oder in seinem daneben laufenden Gastronomiebetrieb anwesend gewesen. Er habe den Ausländer während der Durchführung der Tätigkeit weder kontrolliert noch beobachtet, noch habe er ihm irgendwelche Anweisungen erteilt. Zum Zeitpunkt der Tat sei dem Beschuldigten ein erst im Verfahren vor der belangten Behörde erwähntes, nicht konkret bezeichnetes Judikat des Verwaltungsgerichtshofes, wonach eine bloß probeweise Beschäftigung eines Ausländers für einige Stunden den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nicht unterliege, wenn es sich um die unentgeltliche Vorführung von Kenntnissen und Fähigkeiten für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses handle, nicht bekannt gewesen. Für den betreffenden Ausländer sei weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt gewesen noch habe dieser eine gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen. Der Beschwerdeführer habe zum Tatzeitpunkt zumindest zehn rechtskräftige, noch nicht getilgte verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen, darunter eine wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zu verantworten gehabt. Die übrigen Übertretungen beträfen vorwiegend den Bereich der Gewerbeordnung und jenen des Salzburger Veranstaltungsgesetzes und stünden im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit.

Bezüglich aller Feststellungen folge die belangte Behörde der Verantwortung des Beschuldigten selbst. In der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde habe der Beschwerdeführer in einer für das den angefochtenen Bescheid fertigende Senatsmitglied jegliche Zweifel ausschließenden Weise dargetan, daß für die einmalige Tätigkeit des genannten Ausländers keinerlei Entgeltvereinbarung getroffen worden sei, und der Beschwerdeführer auch vom betroffenen Ausländer nie danach gefragt worden sei. Es könne nicht nachvollzogen werden, warum der Vertreter des Beschwerdeführers dieser Aussage die Bedeutung beizumessen versuche, daß ausdrücklich eine negative Entgeltvereinbarung getroffen worden sei.

Soweit sich der Beschwerdeführer auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum insoferne berufe, als ihm bereits zum Zeitpunkt der Tatbegehung ein Judikat des Verwaltungsgerichtshofes bekannt gewesen sei (demzufolge eine bloß probeweise Beschäftigung eines Ausländers für einige Stunden dann nicht den Bestimmungen des AuslBG unterliege, wenn es sich lediglich um die unentgeltliche Vorführung von notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten handle), sei dies deswegen nicht glaubwürdig, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung ein Gewerbetreibender Informationen über ein erlaubtes oder verbotenes Tun aus einschlägiger Fachliteratur bereits zu einem früheren Zeitpunkt zu seinen Gunsten ins Treffen geführt hätte. Dem Beschwerdeführer sei die genannte Stelle in der Fachliteratur zum Zeitpunkt der Begehung der Tat daher noch nicht bekannt gewesen.

Im vorliegenden Fall sei ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG vorgelegen. Ein solches liege nach ständiger Rechtsprechung immer dann vor, wenn Dienstleistungen in persönlicher und/oder

wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht würden. Der Beschuldigte habe selbst angegeben, er habe den Ausländer zum Zwecke des Verputzens einer Mauer beschäftigt, ohne während dessen Tätigkeit die im Zusammenhang damit stehenden Kenntnisse und Fähigkeiten überprüft zu haben. Die belangte Behörde vermöge sich der diesbezüglichen Rechtsmeinung des Beschwerdeführers, es handle sich dabei um die Erbringung eines Werkes, nicht anzuschließen, fehle doch einem Werkvertrag das Element der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit. Gerade diese Abhängigkeit sei aber in Ansehung des Umstandes, daß die Durchführung und das Ergebnis der Tätigkeit ausschlaggebend für die endgültige Beschäftigung des Ausländers durch den Beschwerdeführer gewesen wären, jedenfalls gegeben.

Es liege kein nicht dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unterliegendes Probearbeitsverhältnis vor. Zur Überprüfung von Fähigkeiten und Kenntnissen genüge nämlich nicht die Überprüfung des "Endproduktes", sondern es sei auch die Beurteilung des Arbeitsvorganges relevant. Allein aus dem Endergebnis und aus der Zeitdauer, welche für die Durchführung von Verputzarbeiten benötigt werde, könnten nicht uneingeschränkt Rückschlüsse auf die Qualität der Arbeit, deren wesentlicher Bestandteil etwa auch in der richtigen Stärke des Verputzes oder im Mischverhältnis von Mörtel liege, gezogen werden. Die Tätigkeit des betroffenen Ausländers sei also jedenfalls über das bloße Vorführen von Kenntnissen und Fähigkeiten hinausgegangen. An der Qualifizierung dieses Verhältnisses als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des AuslBG vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, daß für die Durchführung der Arbeit ein Entgelt nicht ausdrücklich vereinbart worden sei, weil das Abhängigkeitsverhältnis gerade in dem Umstand begründet gewesen sei, daß die ordentliche Durchführung der Tätigkeit für das Zustandekommen eines allfälligen Beschäftigungsverhältnisses ausschlaggebend gewesen sei. Ausgehend davon hätte der Ausländer auch die Baustelle nicht einfach verlassen können - wie dies der Beschwerdeführer vermeine -, wäre doch in einem solchen Fall das Nichtzustandekommen eines Beschäftigungsverhältnis die unweigerliche Folge gewesen.

Der Beschwerdeführer habe "von dem zitierten Verwaltungsgerichtshoferkenntnis betreffend ein Probearbeitsverhältnis zum Tatzeitpunkt" nicht Kenntnis gehabt. Ausgehend von dieser Feststellung könne der Schuldausschließungsgrund des entschuldigenden Rechtsirrtums daher nicht greifen. "Im Sinne eines obiter dictums" sehe sich die belangte Behörde noch dazu veranlaßt auszuführen, daß selbst wenn man der diesbezüglichen Verantwortung des Beschwerdeführers Glauben schenke, sich aus der zitierten Kenntnis der höchstgerichtlichen Judikatur kein entschuldbarer Rechtsirrtum ergebe, handle es sich doch gegenständlich, wie ausgeführt, nicht um ein bloßes Arbeitsverhältnis zum Zwecke der Vorführung von Kenntnissen und Fähigkeiten, sondern um eine weit darüber hinausgehende Beschäftigung.

Der Beschwerdeführer habe daher - zumindest fahrlässig - die ihm zur Last gelegte Übertretung auch in subjektiver Hinsicht begangen. Angesichts der einschlägigen rechtskräftigen Vormerkung des Beschwerdeführers komme die Strafbestimmung für den Wiederholungsfall, welche einen Strafrahmen von S 10.000,-- bis S 120.000,-- vorsehe, zur Anwendung. Gründe für eine Anwendung der §§ 20 oder 21 VStG habe die belangte Behörde nicht zu erkennen vermocht.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften beantragt wird.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Als Beschäftigung gilt gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG in der für den Beschwerdefall maßgeblichen Fassung der NovelleBGBl. Nr. 450/1990 die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis,

b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, c) in einem Ausbildungsverhältnis,

d) nach den Bestimmungen des § 18 oder e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

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 erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde, ... im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung mit einer Geldstrafe von S 10.000,-- bis S 60.000,--.

Der Beschwerdeführer hält den angefochtenen Bescheid zusammengefaßt deswegen für rechtswidrig, weil im vorliegenden Fall kein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG bestanden habe. Der Begriff "arbeitnehmerähnliches Verhältnis" in § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG sei nicht definiert, es sei daher auf den üblichen, im Arbeitsrecht allgemein anerkannten Begriffsinhalt abzustellen. Hiezu seien § 51 Abs. 3 Z. 3 ASGG und § 1151 ABGB heranzuziehen. Arbeitnehmerähnliche Personen seien nach der letztgenannten Vorschrift dienstpflichtige Personen, die nicht in persönlicher, wohl aber in wirtschaftlicher Abhängigkeit tätig seien. Im vorliegenden Fall sei der Ausländer jedoch nicht dienstpflichtig gewesen, weil eine Vereinbarung, die ihn verpflichtet hätte, nicht bestanden habe. Er habe die Möglichkeit gehabt, sanktionslos jederzeit wieder zu gehen. In der Rechtsprechung werde auch auf das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbständigkeit abgestellt, welche dann vorliege, wenn eine Person trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht in der Lage sei, ihre Arbeitskraft - soweit sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über dieselbe gehindert sei - anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Eine derartige wirtschaftliche Abhängigkeit sei im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben gewesen; hiefür sei nämlich wesentlich mehr erforderlich, als der im angefochtenen Bescheid als maßgeblich angesehene Umstand, daß die Durchführung und das Ergebnis der Tätigkeit des Ausländers (also das Verputzen der Mauer) ausschlaggebend für seine endgültige Beschäftigung durch den Beschwerdeführer gewesen wäre. Das wirtschaftliche Interesse daran, eine bestimmte Beschäftigung zu erlangen, bewirke noch keine derartige wirtschaftliche Unselbständigkeit. Erforderlich sei vielmehr, daß ein Rechtsverhältnis vorliege, welches den Betroffenen in ein lang andauerndes Abhängigkeitsverhältnis bringe. Dieses sei im Stadium der Bewerbung noch nicht gegeben und zwar auch dann noch nicht, wenn der Betreffende das Geld dringend zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes benötige. Es würde sonst zu dem absurden Ergebnis führen, daß jeder, der sich um eine Arbeit oder um einen Auftrag bemühe, nur deshalb, weil er dringend Geld brauche, arbeitnehmerähnlich wäre. Es komme vielmehr auf das Gesamtbild an, welches im vorliegenden Fall jedoch nicht dem eines Arbeitnehmers, sondern jenem eines Auftragnehmers in einem Werkvertrag entspreche, weil hier auf einen bestimmten Erfolg, nämlich das Verputzen einer ganz bestimmten Mauer, abgestellt worden sei.

Die Tätigkeit des Ausländers sei im vorliegenden Fall bloß probeweise und für einige Stunden zum Zweck der Vorführung der für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten erfolgt. Eine solche Tätigkeit zur Probe unterliege nicht den Bestimmungen des AuslBG. Dies sei angesichts des mit der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung verbundenen Aufwandes auch nicht sinnvoll. Im vorliegenden Fall sei überhaupt keine Entgeltvereinbarung getroffen worden. Der Beschwerdeführer sei davon ausgegangen, nichts zahlen zu müssen, und habe letztendlich auch nichts bezahlt. Ebenso habe der Ausländer nichts verlangt, auch er sei davon ausgegangen, daß er unentgeltlich tätig werde.

Für den Fall, daß die Tätigkeit des Ausländers als Beschäftigung im Sinne des AuslBG qualifiziert werde, beruft sich der Beschwerdeführer auf entschuldbaren Rechtsirrtum. Er sei zum Zeitpunkt des Verfahrens erster Instanz und zum Zeitpunkt der Erhebung seiner Berufung davon überzeugt gewesen, daß die Vereinbarung, es handle sich um eine Probetätigkeit zum Zwecke der Demonstration der Fähigkeiten, an sich schon bewirke, daß das AuslBG nicht anwendbar sei. Die Notwendigkeit, dieses Argument ins Treffen zu führen, sei erst dann aufgetaucht, als das erkennende Mitglied der belangten Behörde außerhalb des Protokolls seine diesbezügliche Rechtsansicht bekanntgegeben habe. Die Begründung des angefochtenen Bescheides, der Beschwerdeführer habe bei Begehung der Tat von der von ihm ins Treffen geführten Kommentarstelle keine Kenntnis gehabt, sei daher nicht schlüssig. Der Beschwerdeführer habe über die "Loseblattsammlung aus dem WEKA-Verlag "Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis"" verfügt.

Als Verfahrensmangel macht der Beschwerdeführer geltend, daß die belangte Behörde nicht festgestellt habe, daß der Ausländer unentgeltich tätig geworden sei. In den Augen des Beschwerdeführers bedeute dies, daß er nicht

verpflichtet gewesen wäre, etwas zu bezahlen, wenn keinerlei Vereinbarung getroffen worden sei. Daß dies objektiv unrichtig sei, ändere nichts an der subjektiven Überzeugung des Beschwerdeführers. Diese hätte jedoch festgestellt werden müssen. Weiters hätte festgestellt werden müssen, daß tatsächlich vom Beschwerdeführer nichts bezahlt worden sei.

Der Beschwerdeführer habe zum Zeitpunkt der Tat geglaubt, rechtens zu handeln, wofür es ausgereicht habe, daß er über das zitierte Handbuch verfügt habe und ihm die dort enthaltenen Ausführungen bekannt gewesen seien. Entsprechende Feststellungen fehlten jedoch im angefochtenen Bescheid.

Schließlich macht der Beschwerdeführer geltend, daß die Beschäftigung eines Ausländers im Sinne des § 28 AuslBG ein Dauerdelikt sei. Im Spruch des angefochtenen Bescheides hätte daher jedenfalls eine Zeitstrecke genannt werden müssen; die Angabe eines Zeitpunktes reiche nicht aus.

Die Beschwerde ist berechtigt. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 12. Februar 1986, Zl. 84/11/0234, Slg. NF Nr. 12.015/A, mit dem Begriff des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses im Sinne des § 2 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes auseinandergesetzt. In seinem Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß der Begriff des "arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses" in § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG nicht anders als in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften zu verstehen ist. Demnach ist für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses als arbeitnehmerähnlich die Rechtsnatur der Vertragsbeziehungen zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger nicht entscheidend. Entscheidend ist jedoch die wirtschaftliche Unselbständigkeit desjenigen, der die Arbeit leistet und der unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig ist, ohne aber vom Empfänger der Arbeitsleistung persönlich abhängig zu sein. Für die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmerähnlichen ist entscheidend, daß dieser Gegenleistungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Empfänger der Arbeitsleistung erhält. Für die Arbeitnehmerähnlichkeit einer Person ist weiters der "organisatorische" Aspekt ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von Bedeutung, welche darin besteht, daß sie aufgrund ihrer Tätigkeit, die sie im Auftrag und für Rechnung eines anderen leistet, aufgrund der Art und Weise, in der sie für ihn tätig ist, trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, ihre Arbeitskraft, insoweit sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über ihre Arbeitskraft gehindert ist, anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen und daher als unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie der persönliche Arbeitnehmer tätig anzusehen ist. Bei der Beurteilung, ob es sich um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt, kommt es auf das Gesamtbild der Tätigkeit an, wobei nicht alle Kriterien, die an sich zur Bestimmung der Arbeitnehmerähnlichkeit wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit in konkreten Einzelfällen möglicherweise relevant sein könnten, als solche aber gar nicht erschöpfend faßbar sind, verwirklicht sein müssen.

Arbeitnehmerähnlich kann daher eine Person auch dann sein, wenn hinsichtlich ihrer Tätigkeit das eine oder andere an sich relevante Merkmal fehlt, das eine oder andere an sich relevante Merkmal nur geringfügig ausgeprägt ist, während andere wieder in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kommen.

Im vorliegenden Fall hat der im Spruch des angefochtenen Bescheides genannte Ausländer eine Mauer verputzt und somit unbestritten eine Arbeitsleistung erbracht, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird. Er hat zwischen 8.00 Uhr und 10.45 Uhr, somit bloß sehr kurzfristig gearbeitet. Dieser Umstand bewirkt noch nicht, daß sein Verhältnis zum Beschwerdeführer nicht als Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG anzusehen wäre, weil auch kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse diesem Gesetz unterworfen sind (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 7. Mai 1997, Zl. 95/09/0293).

Zur Beurteilung, ob es sich vorliegend um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt, wäre auch die Frage von gewisser Bedeutung, ob der Ausländer eigenes Werkzeug und eigene Materialien verwendet hat, oder ob ihm dies vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden ist. Diesbezüglich enthält der angefochtene Bescheid keine Feststellungen.

Von entscheidender Bedeutung ist im vorliegenden Fall aber, ob sich der Ausländer in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Beschwerdeführer befunden hat. Die belangte Behörde erblickt eine derartige wirtschaftliche Abhängigkeit des Ausländers vom Beschwerdeführer ausschließlich darin, daß die Tätigkeit des Ausländers insofern zur Probe erfolgt sei, als eine allfällige fixe Beschäftigung vom Ergebnis der erbrachten Arbeitsleistung abhängig gewesen sei. Die belangte Behörde stellt jedoch weder fest, daß der Ausländer vom Beschwerdeführer eine

Gegenleistung für seine Arbeit erhalten oder einen Rechtsanspruch darauf erworben hätte, sie erblickt die wirtschaftliche Abhängigkeit des Ausländers vielmehr ausschließlich in der durch das Verputzen der Mauer erworbenen Chance, vom Beschwerdeführer als Arbeitnehmer eingestellt zu werden. Bei diesem festgestellten Sachverhalt durfte die belangte Behörde die Tätigkeit des Ausländers im Gesamten gesehen jedoch nicht als Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG qualifizieren. Sie hat hiebei nämlich die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes außer Acht gelassen, wonach für das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. a oder b AuslBG die Entgeltlichkeit ein wesentliches Merkmal ist, wobei sich der Anspruch des Arbeitenden auf Bezahlung aus einer mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung, allenfalls aber auch unmittelbar aus arbeitsrechtlichen Vorschriften (so etwa aus § 29 AuslBG oder aus kollektivvertraglichen Regelungen) ergibt, und wonach es an der für eine Beschäftigung nach dem AuslBG essentiellen persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit fehlt, wenn - sei es ausdrücklich oder auch konkludent - für die Tätigkeit Unentgeltlichkeit vereinbart wurde (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 26. November 1992, Zl. 92/09/0193, und vom 15. September 1994, Zl. 94/09/0137). Im vorliegenden Fall hätte sich die belangte Behörde jedenfalls zumindest damit auseinandersetzen müssen, ob eine unentgeltliche Vorführung von notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses vorlag, derartige Tätigkeiten unterliegen nämlich nicht den Bestimmungen des AuslBG (vgl. dazu die bereits vorhin genannten Erkenntnisse sowie die hg. Erkenntnisse vom 26. Juni 1991, Zlen. 91/09/0038

und 91/09/0039).

Soweit die belangte Behörde "im Sinne eines obiter dictums" noch weiter ausführt, im vorliegenden Fall habe es sich nicht um ein bloßes Arbeitsverhältnis zum Zwecke der Vorführung von Kenntnissen und Fähigkeiten, sondern um eine weit darüber hinausgehende Beschäftigung gehandelt, weil der Beschwerdeführer den Ausländer während seiner Arbeit weder kontrolliert oder beobachtet noch ihm irgendwelche Anweisungen erteilt habe, und allein aus dem Endergebnis und aus der Zeitdauer, welche für die Durchführung von Verputzarbeiten benötigt werde, nicht uneingeschränkt Rückschlüsse auf die Qualität der Arbeit, deren wesentlicher Bestandteil etwa auch in der richtigen Stärke des Verputzes oder im Mischverhältnis von Mörtel liege, gezogen werden könnten, so kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, es habe sich nicht um eine Probearbeit gehandelt. Zum einen stellt nämlich die belangte Behörde im Widerspruch dazu in ihrer Begründung ausdrücklich fest, daß der Ausländer eine Probearbeit geleistet habe, zum anderen hat sie sich mit der Verantwortung des Beschwerdeführers, daß er sich während der Arbeit um seinen geöffneten Gastgewerbebetrieb hätte kümmern müssen und daß er den Ausländer bei der Arbeit gar nicht beobachten wollte, sondern daß dieser ein konkretes Werk erbringen hätte sollen, nicht auseinandergesetzt. Diese überlegungen ändern insgesamt jedenfalls nichts daran, daß die Feststellungen der belangten Behörde hinsichtlich der Entgeltlichkeit der vom Ausländer geleisteten Arbeit nicht ausreichen, um im vorliegenden Fall die für das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG erforderliche wirtschaftliche Abhängigkeit bejahen zu können.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1997:1996090036.X00

Im RIS seit

20.11.2000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at