

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/9/2 92/09/0322

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.09.1993

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
14/02 Gerichtsorganisation;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
68/02 Sonstiges Sozialrecht;

## Norm

ABGB §1151;  
ArbGerG §2 Abs1;  
AuslBG §1 Abs1;  
AuslBG §2 Abs1;  
AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs3 lit.a;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit.a idF 1990/450;  
AuslBG §3 Abs1 idF 1990/450;  
IESG;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn und Dr. Germ als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Dr. Wurdinger, über die Beschwerde des H in W, vertreten durch Dr. B, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 3. August 1992, Zl. UVS-04/24/52/91, betreffend Bestrafung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit und Soziales in Wien), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 505,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Nach den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens beschädigte ein Fahrzeug der Firma X, das von dem

polnischen Staatsbürger R gelenkt worden war, im Zuge von Schneeräumungsarbeiten einen abgestellten Personenkraftwagen. Ausgehend von dem auf Grund dieses Sachverhaltes eingeleiteten Verfahren beantragte das Landesarbeitsamt für Wien die Bestrafung des Beschwerdeführers als des nach außen zur Vertretung berufenen Organwalters der genannten Firma nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, weil der genannte polnische Staatsbürger am 1. Dezember 1990 um 09.00 Uhr mit dem Räumen von Schnee mit dem firmeneigenen Schneeräumgerät des genannten Unternehmens beschäftigt gewesen sei, ohne daß dieses im Besitz einer Beschäftigungsbewilligung oder einer Bewilligung zur vorläufigen Beschäftigungsaufnahme für den genannten Ausländer und der Ausländer im Besitz einer Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines gewesen sei.

Nach Aufforderung zur Rechtfertigung teilte der Beschwerdeführer mit, daß es sich bei dem genannten polnischen Staatsbürger, der für das Unternehmen des Beschwerdeführers Schneeräumarbeiten durchgeführt habe, um keinen Arbeitnehmer, sondern um einen Subunternehmer gehandelt habe, der die gegenständlichen Arbeiten im Rahmen eines Werkvertrages ausgeführt habe.

Nach weiteren Erhebungsschritten wurde der Beschwerdeführer mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 29. März 1991 schuldig erkannt, er habe es als Arbeitgeber und Geschäftsführer der Firma H-Gesellschaft m.b.H., mit dem Sitz in W, S-G 8, zu verantworten, daß am 1. Dezember 1990 um 09.00 Uhr der polnische Staatsbürger R in W, K-Gasse 43, mit Schneeräumarbeiten beschäftigt worden sei, ohne daß für diesen Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden oder dieser im Besitze einer Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe hiedurch eine Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a erster Fall in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG begangen und werde dafür zu einer Geldstrafe von insgesamt S 5.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage) und zum Kostenersatz verurteilt.

Zur Begründung wird nach kurzer Wiedergabe des Verfahrensablaufes im wesentlichen weiter ausgeführt, für die Feststellung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliege, komme es nicht so sehr darauf an, in welchem Rechtsverhältnis die Vertragspartner zueinander stünden, sondern auf die Verwendung eines ausländischen Arbeitnehmers unter bestimmten Umständen. Gemäß § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG könne eine solche Verwendung unter anderem auch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erfolgen. Im Sinne von § 51 Abs. 3 Z. 2 des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes gelten als Merkmale der "Arbeitnehmerähnlichkeit" die wirtschaftliche Unselbständigkeit, die Leistung von Arbeit - mit Ausnahme von gewerblicher Heimarbeit - im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen sowie das Fehlen eines Arbeitsverhältnisses. Der Beschwerdeführer habe nicht bestritten, daß der Ausländer mit einem Schneeräumgerät der Firma H-Gesellschaft m.b.H. für diese Firma Schneeräumungsarbeiten durchgeführt habe. Selbst bei Nichtvorliegen eines Arbeitsverhältnisses müsse eine solche Tätigkeit im Hinblick auf die wirtschaftliche Abhängigkeit des tätigen Ausländers und seine offenbare Bindung an die Anweisungen des Unternehmens, für welches er arbeite, zumindest als arbeitnehmerähnlich und damit als Beschäftigung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes qualifiziert werden.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung, in der er im wesentlichen vorbrachte, der genannte Ausländer habe sich mit Werkvertrag seinem Unternehmen gegenüber verpflichtet, die Gehsteige bestimmter Liegenschaften in Wien im Sinne des § 93 StVO in der Wintersaison 1990/91 vom Schnee zu reinigen und bei Schnee und Glatteis zu bestreuen. Die Gestaltung dieses Rechtsverhältnisses sei auf Grund des abgeschlossenen Werkvertrages so gewesen, daß weder der genannte polnische Staatsbürger ein Arbeitnehmer gewesen sei noch ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis bestanden habe.

Im Rahmen ergänzender Ermittlungen wurde vom Beschwerdeführer der mit dem genannten polnischen Staatsangehörigen abgeschlossene Werkvertrag vorgelegt, in dem dieser als "Subunternehmer" bezeichnet wird. In diesem Werkvertrag wird der "Gegenstand der Vereinbarung" geregelt, wobei u.a. ausgeführt wird, daß der "Subunternehmer" die übernommenen Arbeiten nicht persönlich ausführen müsse sowie daß Arbeitsgeräte entweder vom Generalunternehmer oder vom Subunternehmer beigestellt werden könnten, letzterenfalls sei das Honorar zu erhöhen. Das Honorar ist in drei Stufen so geregelt, daß bei bis zu 18 Einsätzen ein Betrag von S 27.000,-, bis zu 32 Einsätzen ein Betrag S 36.000,- und bei über 32 Einsätzen ein solcher von S 42.000,- zusteht. Bei nur teilweiser Auftragserfüllung sind geringere Beträge vorgesehen; Teilzahlung ist möglich. Bei Leistungsausfall besteht die Verpflichtung des "Subunternehmers", den Generalunternehmer sofort zu informieren; daran anknüpfend ist ebenfalls eine Reduzierung des Honorars, und zwar nach Leistungsstunden, vorgesehen. Die Versteuerung der Honorare obliegt dem "Subunternehmer". Unter "Haftung" ist für Schadensfälle die Einbehaltung von S 5.000,- vom Honorar und die

Haftung für Geräteschäden vereinbart. Abschließend heißt es, daß "X" aus Gründen der Wirtschaftlichkeit eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen habe, um das zivilrechtliche Risiko des Subunternehmers zu verringern. Nach der im Vertrag enthaltenen Konkurrenzklausele ist der Subunternehmer verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Beendigung seiner Tätigkeit für den Auftraggeber im Reinigungsgewerbe weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte zu tätigen oder auch nur unentgeltlich tätig zu sein. Letztlich enthält der Vertrag noch eine Verschwiegenheitsregelung und eine Bestimmung über die vorzeitige Beendigung, nach der die bis dahin erbrachten Leistungen unter Zugrundelegung eines fiktiven Stundenlohnes von S 72,-- brutto abgerechnet würden.

In weiterer Folge erging der angefochtene Bescheid, mit dem das erstinstanzliche Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt wurde, daß der Beginn des Spruches wie folgt zu lauten habe:

"Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der H-Gesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in W, S-G 8, als Arbeitgeberin zu verantworten, ..."

Zur Begründung wird im wesentlichen nach Wiedergabe des bereits dargestellten Verfahrensablaufes und der Rechtslage weiter ausgeführt, beiden Parteien des Verfahrens sei insofern zuzustimmen, als der vorgelegte, als "Werkvertrag" bezeichnete Vertrag sowohl Elemente eines Dienst- als auch eines Werkvertrages enthalte. Da die Bezeichnung des Vertrages nach der Judikatur aber nicht entscheidend sei, sondern der Vertragsinhalt, sei dieser im gegenständlichen Fall im Hinblick auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 1151 ABGB und auf die dazu in der Judikatur entwickelten Kriterien zu prüfen.

Nach § 1151 ABGB liege ein Arbeitsvertrag dann vor, wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Arbeitsleistung für einen anderen verpflichte. Charakteristisches Merkmal für den Arbeitsvertrag seien nach der Rechtsprechung vor allem die dauernde Verpflichtung zu persönlicher Arbeit unter Leitung und mit den Mitteln des Arbeitgebers neben persönlicher und wirtschaftlicher Einordnung des Arbeitnehmers in den Organismus des Unternehmens des Arbeitgebers. Der Erfolg und der Mißerfolg der Arbeit gehe auf Rechnung des Arbeitgebers. Allerdings hafte der Arbeitnehmer für die Sorgfältigkeit der von ihm auszuführenden Arbeiten. Wesentlich sei vor allem die persönliche Unterordnung des Arbeitnehmers unter das Weisungsrecht und die Einordnung in den Betrieb des Arbeitgebers, mit der regelmäßig auch eine bedeutende wirtschaftliche Abhängigkeit verbunden sei. Die persönliche Abhängigkeit, als deren besonderer Ausdruck die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers zu betrachten sei, erstrecke sich in der Hauptsache auf die Verwendung der Arbeitszeit und auf die Leitung des Arbeitsverfahrens. Mit der Formel "persönliche Abhängigkeit" sei die Unselbständigkeit des Arbeitnehmers, die Fremdbestimmtheit der von ihm zu verrichtenden Arbeit gemeint. Die vereinbarungsgemäße Heranziehung eines Dritten zur Leistung der versprochenen Arbeit nehme dieser nicht den Charakter eines Arbeitsvertrages. Das Arbeitsverhältnis sei ein schuldrechtliches Verhältnis. Für dieses sei die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung von Arbeit und die damit im allgemeinen gegebene Pflicht des Arbeitgebers zur Entgeltzahlung typisch.

Der Arbeitsvertrag werde von der Rechtsprechung vom Werkvertrag u.a. dadurch abgegrenzt, daß es beim Arbeitsverhältnis vor allem auf die Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit ankomme, die aber nicht von vornherein ihre Charakterisierung durch einen entsprechenden Arbeitserfolg erhalte. Daher liege kein Arbeits-, sondern ein Werkvertrag vor, wenn als Ergebnis der Arbeitsleistung ein Werk oder eine in sich geschlossene Einheit, die sich auf ein Werk beziehe, zu erbringen sei. Für den Arbeitsvertrag sei somit die Erbringung von Diensten, das Bedeuten der Leistung von Arbeit, für den Werkvertrag hingegen die Lieferung eines Werkes charakteristisch. Dienstverträge erlöschten nicht mit der Erfüllung, sondern die Leistungspflicht entstehe während der vertraglichen Dauer ständig neu, bis das Rechtsverhältnis als solches beendet werde.

Ein Werkvertrag liege hingegen dann vor, wenn der Verpflichtete ein Werk, eine Sache oder eine bestimmte Leistung zusichere. Für den Werkvertrag sei dabei das Vorliegen der persönlichen Arbeitspflicht, das Arbeiten nach eigenem Plan und mit eigenen Mitteln, die Möglichkeit der Verwendung von Gehilfen und Substituten und das Fehlen jeder Einordnung in den fremden Unternehmensorganismus kennzeichnend. Im Rahmen des Arbeitsvertrages werde die Dienstleistung an sich entlohnt, während im Rahmen des Werkvertrages das Ergebnis der Tätigkeit bezahlt werde. Vor ordnungsgemäßer Fertigstellung des Werkes gelte der Werkvertrag trotz Aufwendung von Arbeit als nicht erfüllt.

Kein Unterscheidungskriterium stelle hingegen das Fehlen von Weisungsbefugnissen dar, weil solche auch dem Werkbesteller zukämen. Hierbei handle es sich jedoch nur um die Möglichkeit der Erteilung von gewissen ergänzenden sachlichen Anordnungen und nicht um ein mit dem Direktionsrecht des Arbeitgebers vergleichbares allgemeines

Anweisungsrecht.

In der Regel arbeite der in einem Werkvertrag Verpflichtete in seinem eigenen Unternehmen, im Rahmen des eigenen Berufes und auf eigenes Risiko. Unternehmerwagnis und die Gewährleistung für Mängel eines Werkes seien typische Kennzeichen eines selbständigen Unternehmers. Werkverträge als Zielschuldverhältnisse erlöschen mit der Erfüllung; die Fertigstellung des vereinbarten Werkes oder der Eintritt des Erfolges bewirke automatisch die Beendigung des Rechtsverhältnisses. Dieses bedürfe somit keiner gesonderten Aufkündigung.

Mit dem Arbeitsvertrag habe der freie Dienstvertrag gemeinsam, daß kein Werk, sondern Arbeitsleistungen geschuldet würden. Diese Arbeitsleistungen würden jedoch nicht in persönlicher Abhängigkeit erbracht. Vor allem bestehe für die durch einen freien Dienstvertrag verpflichteten Personen keine mit dem Arbeitsvertrag vergleichbare Weisungsgebundenheit. Sie hätten also die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern. Eine organisatorische Gebundenheit an den vom Arbeitgeber vorgegebenen äußeren Arbeitsablauf, insbesondere die kontrollierbare Pflicht zur Einhaltung von Arbeitsort und/oder Arbeitszeit sei nicht gegeben. Sei eine Person, die für jemand anderen arbeite, auf Grund dieser Tätigkeit zwar wirtschaftlich abhängig, jedoch persönlich unabhängig, stehe sie einem Arbeitnehmer näher als dem Unternehmer; man nenne sie arbeitnehmerähnliche Person.

Den Arbeitnehmern gleichgestellt seien gemäß § 51 Abs. 3 des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes Personen, die, ohne in einem Arbeitsvertragsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisteten und wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen seien. Arbeitnehmerähnlichkeit sei dadurch gekennzeichnet, daß an sich ein Arbeits(Vertrags-)verhältnis nicht vorliege, jedoch die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben seien. Es handle sich um Personen, die eine Art Mittelstellung zwischen dem rechtlich und wirtschaftlich unselbständigen Arbeitnehmer und dem rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmer einnahmen. Sie stünden in keinem Arbeitsverhältnis, hätten aber häufig andere vertragliche Beziehungen, wie solche auf Grund eines Dienstvertrages, die auch mit Elementen anderer Verträge, z.B. eines Werkvertrages, verbunden sein könnten. Es komme weder auf die rechtliche Natur der bestehenden Rechtsverhältnisse noch auf die steuerliche oder sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder auf die allgemeine wirtschaftliche Lage an, sondern auf die Kriterien der Fremdbestimmtheit, die das Gesetz mit dem Begriff der "wirtschaftlichen Unselbständigkeit" umschreibe. Das Wesen dieser Fremdbestimmtheit habe der Oberste Gerichtshof so formuliert, daß zu prüfen sei, ob der Verpflichtete in bezug auf die ausgeübte Beschäftigung in seiner Entschlußfähigkeit auf ein Minimum beschränkt sei. Die wirtschaftliche Unselbständigkeit sei in diesem Zusammenhang nicht mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit gleichzusetzen, sondern es genüge für das Kriterium der Arbeitnehmerähnlichkeit, daß die betreffende Person zur Bestreitung des Unterhaltes "jedenfalls auch" auf die Entlohnung angewiesen sei. Von der Judikatur würden als Kriterien Mangel einer eigenen Betriebsstätte, längere Dauer der Beschäftigung, in regelmäßigen Zeitabständen vorgenommene Honorierung und dgl. herausgestellt. Die Arbeitnehmerähnlichkeit werde durch die wirtschaftliche Lage, nicht aber durch die charakteristischen juristischen Hauptkriterien des Arbeitnehmerbegriffes gekennzeichnet.

Auf den vorliegenden Vertrag bezogen ergebe sich, daß der Verpflichtete bestimmte Leistungen zugesichert habe. Ihm obliege zwar keine persönliche Arbeitspflicht, er könne die Arbeiten mit eigenen Mitteln verrichten und arbeite auch auf eigenes Risiko. Der Vertrag habe jedoch eine bestimmte Laufzeit und ende daher nicht automatisch mit der Erfüllung. Eine Entlohnung (Honorar) sei auch im Falle eines schneelosen Winters, in dem es zu keiner Leistung gekommen sei, zu bezahlen. Weiters sei der Verpflichtete detaillierten Weisungen und nicht nur gewissen ergänzenden sachlichen Anordnungen unterworfen; es sei sogar eine Meldepflicht bei Beginn, bei Arbeitsfortschritt im 4-Stunden-Intervall und am Ende der übernommenen Arbeiten vorgeschrieben. Die Fremdbestimmtheit des Verpflichteten gehe weiters aus dem Gegenstand des Vertrages sowie aus der Haftungsregelung hervor.

Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen ergebe sich die Beschränkung der Entschlußfähigkeit des Verpflichteten in bezug auf die ausgeübte Tätigkeit auf ein Minimum. Außerdem mangle es dem Verpflichteten an einer eigenen Betriebsstätte; weiters sei eine in regelmäßigen Zeitabständen vornehmbare Honorierung vorgesehen. Daß der genannte polnische Staatsbürger bei seinem mehrmonatigen Aufenthalt in Österreich jedenfalls auch auf die Entlohnung aus diesem Vertrag angewiesen sei, sei auf Grund der bekannten wirtschaftlichen Situation von polnischen Staatsbürgern und den Erfahrungen des täglichen Lebens anzunehmen, auch wenn der genannte polnische Staatsangehörige nicht habe ausgeforscht und als Zeuge dazu einvernommen werden können.

Da es sich im vorliegenden Fall um die Beschäftigung eines polnischen Staatsangehörigen durch den Beschwerdeführer in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis mit Elementen eines Werkvertrages gehandelt habe, sei die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen.

Zur Verschuldensfrage werde ausgeführt, daß die Beschäftigung von Ausländern, für die weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Arbeitserlaubnis noch ein Befreiungsschein ausgestellt worden sei, ein Ungehorsamsdelikt darstelle, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehöre und das Ausländerbeschäftigungsgesetz über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimme. Bei diesem Delikt könne daher die Strafbehörde zufolge § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG, sofern nur der objektive Tatbestand festgestellt sei, mit einer Verwaltungsstrafe vorgehen, wenn der Täter nicht glaubhaft mache, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Diese Glaubhaftmachung sei dem Beschwerdeführer aber nicht gelungen. Objektiv sei vom Beschwerdeführer die Verletzung der jedem Gewerbetreibenden obliegenden Sorgfaltspflichten, wozu auch die Kenntnis der bei Ausübung des Gewerbes zu beachtenden Rechtsvorschriften gehöre, vorzuwerfen. Die mangelnde subjektive Befähigung zur Einhaltung der gegenständlichen Bestimmung sowie die subjektive Zumutbarkeit zur entsprechenden Sorgfalt bei Ausübung des Gewerbes sei weder behauptet worden noch habe sich im Verwaltungsverfahren ein diesbezüglicher Anhaltspunkt ergeben.

Es folgen dann noch Ausführungen über die Strafbemessung.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der kostenpflichtige Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verfahrens vorgelegt und den Vorlageaufwand begehrt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer sieht sich durch den angefochtenen Bescheid insofern beschwert, "als die belangte Behörde zu Unrecht annimmt, Herr R sei in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur H-Ges.m.b.H. gestanden" und der Beschwerdeführer habe als zur Vertretung nach außen berufener Organwalter der genannten Gesellschaft eine Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a 1. Fall i.V.m. § 3 Abs. 1 AuslBG zu verantworten.

Nach § 1 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, (AuslBG) regelt dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.

Nach § 2 Abs. 1 AuslBG gelten als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Als Beschäftigung gilt nach Abs. 2 der genannten Bestimmung u. a. die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis und

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird.

Den Arbeitgebern sind nach Abs. 3 lit. a der genannten Bestimmung in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, gleichzuhalten.

Zu §§ 1 und 2 AuslBG ist in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (1451 der Beilagen, XIII. GP) u.a. ausgeführt:

"Dem Zweck der vollständigen Erfassung des eingangs umschriebenen Personenkreises, sofern dieser nicht überhaupt vom Geltungsbereich ausgenommen ist, dient neben der Definition der Ausländer als Nichtösterreicher im § 2 Abs. 1 vor allem die Umschreibung der Beschäftigung im § 2 Abs. 2. Bei der Erfassung der Ausländer kommt es vornehmlich nicht darauf an, in welchem Rechtsverhältnis die Vertragspartner zueinander stehen, sondern auf die Verwendung unter bestimmten Umständen. Diese Verwendung kann in einem Arbeitnehmerverhältnis - wozu auch

Lehrverhältnisse zählen -, in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, in einem Ausbildungsverhältnis, aber auch unter Umständen erfolgen, unter denen gar kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Ausländer und der Person besteht, die den Ausländer verwendet.

Bei der Beurteilung, ob es sich um arbeitnehmerähnliche Verhältnisse handelt, wird auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere § 2 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes, BGBl. Nr. 170/1946, und die dazu ergangene Judikatur Bedacht zu nehmen sein."

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG i.d.F. BGBl. Nr. 450/1990 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.

Aus § 2 Abs. 2 und Abs. 3 AuslBG folgt, daß der Begriff "Beschäftigung" im AuslBG nicht nur Arbeitsvertragsverhältnisse umfaßt, und daß unter Arbeitgeber nicht nur der Vertragspartner eines Arbeitsvertrages zu verstehen ist. Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor der Beschäftigung eines Ausländers trifft daher nach § 3 Abs. 1 AuslBG auch einen "Werkvertragsgeber", wenn die Grundlage für den Vertrag nicht in gewerberechtlichen oder sonstigen Normen liegt und der Werkvertrag so beschaffen ist, daß der "Werkvertragsnehmer" zwar nicht in der Frage seiner persönlichen, aber in der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleichkommt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem zum Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz ergangenen Erkenntnis vom 12. Februar 1986, Zl. 84/11/0234, Slg. N.F. Nr. 12.015/A, eingehend und unter Angabe von Schrifttum und Judikatur insbesondere zu § 2 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes mit dem Begriff des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auseinandergesetzt. Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu § 2 AuslBG weisen hinsichtlich der arbeitnehmerähnlichen Verhältnisse ausdrücklich auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere auf § 2 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes und die dazu ergangene Judikatur hin. Es besteht damit kein Zweifel, daß der Gesetzgeber im AuslBG - abgesehen von der Ausnahme durch den Verweis auf gewerberechtliche und sonstige Vorschriften - den Begriff "arbeitnehmerähnliche Verhältnisse" nicht anders als in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften verstanden wissen wollte. Die Heranziehung des vorher genannten Erkenntnisses auch für das AuslBG ist daher berechtigt.

In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber auch ein Werkvertragsverhältnis, aber auch ein sogenannter "freier Dienstvertrag" sein kann. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses kann demgemäß jede Art von Arbeitsleistung sein; die Rechtsnatur der Vertragsbeziehungen zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger ist nicht entscheidend. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist vielmehr die wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig; seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, muß daher darin erblickt werden, daß er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist. Ebenso wie beim Arbeitnehmer ist aus ähnlichen Gründen der Praktikabilität auch bei der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit unter dem "finanziellen" Gesichtspunkt nicht konkret zu prüfen, ob der "Arbeitnehmerähnliche" auf die Gegenleistungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Empfänger der Arbeitsleistung zur Bestreitung seines Lebensunterhalts angewiesen ist, ob er sie auch nur dafür verwendet oder ob er seinen Lebensunterhalt aus anderen Einkünften oder aus eigenem Vermögen bestreitet. Der Begriff des Lebensunterhalts ist nicht nur im Sinne der Existenzsicherung, sondern im Sinne einer relevanten Bedeutung für den wirtschaftlichen Lebenszuschnitt zu verstehen. Eine Prüfung dieser Frage im Einzelfall hätte insbesondere zur Konsequenz, daß je nach der Änderung der wirtschaftlichen Lage des Betroffenen außerhalb seines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bei

Gleichbleiben des letzteren seine Arbeitnehmerähnlichkeit einmal gegeben wäre und ein anderes Mal wieder nicht. Auch wäre nicht recht einsichtig, warum bei Bejahung der persönlichen Abhängigkeit und damit der Arbeitnehmereigenschaft einer Person die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht konkret geprüft zu werden braucht, während dann, wenn die persönliche Gebundenheit nicht den Grad der persönlichen Abhängigkeit erreicht, eine konkrete Prüfung der "finanziellen" Komponente erforderlich wäre, obwohl vom Schutzzweck der Sicherung der Entgeltansprüche kein relevanter Unterschied bestünde. Auch das Argument der Unzulänglichkeit der Anknüpfung des Arbeitnehmerbegriffes an die persönliche Abhängigkeit spricht gegen die These von der Erforderlichkeit einer konkreten Prüfung der "finanziellen" Komponente der Arbeitnehmerähnlichkeit.

Entscheidend - so der Verwaltungsgerichtshof weiter in der Begründung des Erkenntnisses VwSlg. Nr. 12.015/A - ist vielmehr der "organisatorische" Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit, und nicht, ob die arbeitnehmerähnliche Person konkret auf die Gegenleistungen aus diesem Rechtsverhältnis zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes angewiesen ist. Darauf, woraus sie konkret ihren Lebensunterhalt bestreitet, kommt es daher auch unter dem "finanziellen" Aspekt ihrer Arbeitnehmerähnlichkeit nicht an. Was den "organisatorischen" Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit betrifft, bedarf es bei der Arbeitnehmerähnlichkeit einer Person im Verhältnis zu einer anderen der Prüfung, ob das konkrete und genau zu erhebende Gesamtbild der Tätigkeit, die diese Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leistet, so beschaffen ist, daß sie auf Grund 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 persönlich abhängige Arbeitnehmer tätig anzusehen ist.

Bei dieser Beurteilung ist - in methodischer Hinsicht - zu beachten, daß 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 deren 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. Hiebei dürfen einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, nicht isoliert voneinander gesehen werden, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden. Übt eine Person im selben Zeitraum Tätigkeiten für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern aus, so spricht dies grundsätzlich gegen ihre Arbeitnehmerähnlichkeit wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit im Verhältnis zu ihrem Auftrag, weil derjenige, der gleichzeitig mit einer unbestimmten häufig wechselnden Zahl von Auftraggebern zu tun hat, im Regelfall von keinem einzelnen von ihnen wirtschaftlich abhängig ist.

Im vorliegenden Beschwerdefall hat die belangte Behörde auf Grund des vom Beschwerdeführer vorgelegten Vertrages die in der vorher wiedergegebenen Begründung des angefochtenen Bescheides enthaltenen Feststellungen getroffen und die Arbeitnehmerähnlichkeit im Hinblick auf das Überwiegen der Abhängigkeit des Verpflichteten bejaht. Über diese Feststellungen hinaus ist im Beschwerdefall weiters noch zu bedenken, daß dem verpflichteten Ausländer die Ausübung der gleichen Tätigkeit für andere Personen im Hinblick auf die im Vertrag enthaltene Konkurrenzklausel untersagt ist, er also in seiner wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeit sogar über das Vertragsverhältnis hinaus beschränkt wird. Weiters ist die Abrechnung des Vertrages bei vorzeitiger Beendigung auf Basis eines Stundenlohnes vorgesehen.

Ausgehend von diesen Überlegungen und den unbedenklichen Feststellungen der belangten Behörde kann ihr hinsichtlich der Qualifikation des vorliegenden Vertragsverhältnisses als arbeitnehmerähnlich sachlich nicht mit Erfolg entgegengetreten werden. Wie bereits aus den allgemeinen Darstellungen zur Arbeitnehmerähnlichkeit eines Vertragsverhältnisses folgt, kommt dem Umstand, welcher Vertrag diesem Verhältnis zugrundeliegt, keine entscheidende Bedeutung zu; die diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde

(- Arbeitnehmerähnlichkeit sei schon deshalb nicht gegeben, weil ein Werkvertrag vorliege -) sind schon daher für das Ergebnis nicht relevant. Was die weiteren Beschwerdeausführungen zum arbeitnehmerähnlichen Verhältnis und zur wirtschaftlichen Abhängigkeit des verpflichteten Ausländers zum Beschwerdeführer bzw. seinem Unternehmen betrifft, so ist diese Frage - wie vorher dargelegt - einer typologischen Betrachtung zu unterziehen. Es ist daher entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht notwendig gewesen, die konkrete Einkommenssituation der

arbeitnehmerähnlichen Person zu erheben. Dafür, daß das konkrete Rechtsverhältnis tatsächlich anders als ursprünglich vertraglich vereinbart gewesen wäre, gibt es weder Behauptungen noch sonstige Anzeichen. Es konnte die belangte Behörde und auch der Verwaltungsgerichtshof daher, was die Wertung des konkreten Rechtsverhältnisses betrifft, unbedenklich vom vorgelegten Vertrag ausgehen.

Die Gestaltung des für die Zeit vom 1. November 1990 bis 30. April 1991 abgeschlossenen Vertrages mit Meldepflicht bzw. Kontrollmöglichkeit des Verpflichteten, die Art der Honorierung mit Teilzahlungsmöglichkeit und Prämien, die Beistellung der Betriebsmittel durch den Auftraggeber (- es gibt in dem Vertragsformular überhaupt keine Regelung über die Erhöhung des Honorars, wenn die Arbeitsgeräte vom "Subunternehmer" beigestellt werden -) und insbesondere das Konkurrenzverbot lassen trotz der Möglichkeit, daß diese Leistungen nicht vom verpflichteten Ausländer persönlich erbracht werden mußten, ein Übergewicht für das Vorliegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Verpflichteten und damit eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses erkennen.

Die behauptete Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides liegt daher nicht vor; die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der PauschalierungsverordnungBGBl. Nr. 104/1991.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1993:1992090322.X00

**Im RIS seit**

11.07.2001

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

© 2025 JUSLINE

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

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