

TE Vwgh Erkenntnis 2010/11/5 2010/09/0195

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.11.2010

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

ABGB §879;

AuslBG §2 Abs2 litb;

AuslBG §2 Abs2;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;

AuslBG §3 Abs1;

AuslBG §32a Abs1;

AuslBG §32a Abs10;

1. ABGB § 879 heute

2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

1. AuslBG § 2 heute

2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025

3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018

4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017

5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013

6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012

7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011

8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009

9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007

10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005

11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003

12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002

13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997

14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995

15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994

16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 2 heute

2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002

13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

1. AuslBG § 32a gültig von 01.07.2020 bis 30.06.2020 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 98/2020
2. AuslBG § 32a gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
3. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
4. AuslBG § 32a gültig von 18.04.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
5. AuslBG § 32a gültig von 01.05.2011 bis 17.04.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
6. AuslBG § 32a gültig von 01.09.2009 bis 30.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
7. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2007 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2006
8. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
9. AuslBG § 32a gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004

1. AuslBG § 32a gültig von 01.07.2020 bis 30.06.2020 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 98/2020
2. AuslBG § 32a gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
3. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
4. AuslBG § 32a gültig von 18.04.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
5. AuslBG § 32a gültig von 01.05.2011 bis 17.04.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
6. AuslBG § 32a gültig von 01.09.2009 bis 30.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
7. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2007 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2006
8. AuslBG § 32a gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
9. AuslBG § 32a gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des IC in L, vertreten durch Dr. Marcus Zimmerbauer, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Bürgerstraße 41, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 9. August 2010, Zl. VwSen-252172/18/Lg/Ba/Sta, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Auf Grund der Beschwerde und des mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheides steht folgender Sachverhalt fest:

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 9. August 2010 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als Gewerbeinhaber und Betreiber der Firma CI in L zu verantworten, dass von ihm als Arbeitgeber zumindest am 13. November 2008 die rumänische Staatsangehörige StS beschäftigt worden sei, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 zweiter Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden) verhängt. Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurde gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides gab die belangte Behörde die Begründung des Bescheides der

Behörde erster Instanz, die Berufung des Beschwerdeführers, den gegenständlichen "Subunternehmervertrag" zwischen dem Beschwerdeführer und StS und zwei Rechnungen betreffend den Monat November 2008 wörtlich wieder. Sie führte anschließend Folgendes aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"In der öffentlichen mündlichen Verhandlung legte der (Beschwerdeführer) dar, die Zustelldienste der Firma DH seien sozusagen pyramidal organisiert. Innerhalb der Pyramide werde mit im Wesentlichen gleichen Verträgen gearbeitet. Den gegenständlichen Vertrag habe der (Beschwerdeführer) 'so bekommen und habe ihn so weitergegeben'. Er selbst sei - damals wie heute - Subunternehmer der Firma PE und habe selbst Subunternehmer und Angestellte. Den Unterschied zwischen Subunternehmern und Angestellten erklärte der (Beschwerdeführer) dahingehend, dass ein Subunternehmer 'billiger' sei als ein Angestellter (unter Hinweis auf fixe Entlohnung, Urlaub, Weihnachtsgeld, Krankenstand). Der Angestellte fahre außerdem mit einem Auto des (Beschwerdeführers). Dem gegenüber müsse der Subunternehmer selbst alle Kosten tragen. Der Vertreter des Finanzamtes verwies unwidersprochen auf Sprit-, Telefon- und Scannerkosten. Dem (Beschwerdeführer) (der auch einen Gewerbeschein für Autovermietung habe) bleibe aus der Vermietung des Fahrzeuges an Subunternehmer sogar ein kleiner Gewinn. Überdies kämen, so der (Beschwerdeführer), die Angestellten 'stets zum Einsatz', während es bei Subunternehmern geschehen könne, dass sie an einzelnen Tagen 'gar keine Arbeit haben'.

Die gegenständliche Ausländerin habe (laut nicht mehr verfügbarer Beilage zum Subunternehmervertrag) kein Gebiet (im Sinne des Subunternehmervertrages) sondern die Firma Spedition BI 'gehabt'. Sie habe sich um 05.00 Uhr morgens bei der Firma DH (Filiale L) einzufinden, das Kfz zu beladen und das Gut der Firma BI zuzustellen gehabt. Der Sinn der erwähnten Beilage sei gewesen, das Aufgabengebiet der Ausländerin flexibel zu halten. Wenn ein Subunternehmer die Menge nicht schaffe, springe der (Beschwerdeführer) zu einem (teueren) Sondertarif ein, sofern sich die Subunternehmer nicht gegenseitig aushelfen. Es sei aber auch möglich gewesen, dass an einzelnen Tagen nur wenig oder gar kein Gut von der Firma BI angefallen sei.

Neben der geschilderten Aufgabe habe die gegenständliche Ausländerin (wie alle Subunternehmer) die Pflicht zur Mitführung eines Handys gehabt, um auf Abruf terminisierte Abholungen bei verschiedenen Adressen durchzuführen. (Der (Beschwerdeführer) unterschied grundsätzlich zwischen 'Zustellungen' - von DH zu Firmen - und 'Abholungen' im umgekehrten Weg). Der Abruf sei von Seiten des (Beschwerdeführers) oder auch von Seiten der Firma PE erfolgt, ja sogar seitens der Firma DH möglich gewesen. Einerseits sagte der (Beschwerdeführer), die Nichtabholung sei einem hohen Pönale unterlegen, andererseits sagte er, der Subunternehmer habe diese Tätigkeit (gemeint: offenbar sanktionslos) ablehnen können, sofern es sich um keine 'fixe Abholung' gehandelt habe. Hinsichtlich der gegenständlichen Ausländerin sagte der (Beschwerdeführer), bei der Abholung habe 'sie, glaube ich, 4 andere Firmen gehabt und was halt dazu kam'. Die telefonischen Einzelaufträge würden einen wesentlichen Anteil der Arbeit der Subunternehmer ausmachen. Der (Beschwerdeführer) trat auch nicht der Behauptung des Vertreters des Finanzamtes entgegen, aus wirtschaftlichen Gründen (etwa schon im Hinblick auf die Höhe der Miete des Fahrzeuges) darauf angewiesen zu sein, solche ad hoc-Aufträge durchzuführen.

Das gegenständliche Kfz habe der (Beschwerdeführer) an die gegenständliche Ausländerin vermietet. Er selbst sei nicht Eigentümer gewesen, sondern habe die Leasingraten für seine (damals schwangere, zuvor beim (Beschwerdeführer) als Subunternehmer tätige) Schwester EE bezahlt. Derzeit sei die gegenständliche Ausländerin Eigentümerin des gegenständlichen Autos (laut Zulassung: seit 21.4.2010); sie befinde sich aber in Karenz und habe daher einen Fahrer angestellt.

Zur Kontrolle der Subunternehmer führte der (Beschwerdeführer) aus, Überprüfungen im Sinne von Punkt 5.5. des Subunternehmervertrages geschähen 'sehr oft und systematisch', vor allem auch durch DH selbst. Es werde insbesondere geprüft, ob das Fahrzeug gut versperrt sei. Der erwähnte Scanner diene dazu, 'dass der Weg des jeweiligen Gutes genau verfolgt werden kann, also von der Übernahme bis zur Aufgabe. Das kann über das Internet nachvollzogen werden. Das heißt, die Firma DH weiß in jedem Moment, wo das Paket sich befindet.'

Bei den im Subvertrag erwähnten Richtlinien für die Leistungserbringung (Punkt 5.3. des Subunternehmervertrages) handle es sich 'um Anordnungen, die die Qualität der Arbeit betreffen'. Die in Punkt 3.3. des Subunternehmervertrages erwähnten 'schriftlichen und mündlichen Anweisungen' beträfen vor allem die Anweisungen 'bestimmte Aufträge zu übernehmen', wobei auch 'die Firma PE ... oder auch die DH meinen Leuten Anweisungen geben' können.

Die gegenständliche Ausländerin sagte aus, sie habe damals nur mit dem (Beschwerdeführer) (ihrem Onkel) und mit

keiner anderen Firma der Pyramide in einem Vertragsverhältnis gestanden. Sie habe damals die Firma BI 'gehabt'. Sie sei in der Früh zur Firma DH gefahren, habe die Pakete eingeladen und sei damit zur Firma BI gefahren. Das DH-Auto habe sie nur benutzt, wenn entsprechend viele Pakete zu transportieren gewesen seien; ansonsten habe sie (aus Kostengründen) ihren privaten Pkw verwendet. Die Zeugin sei aber nicht jeden Tag zur Firma BI gefahren, da nicht jeden Tag Pakete zu transportieren gewesen seien. Nach ca. 10.00 bis 11.00 Uhr sei die in Rede stehende Aufgabe erledigt gewesen. Dann habe die Zeugin nur Abholungen durchgeführt, die ihr telefonisch durch PE oder BC (laut (Beschwerdeführer) damals - wie er selbst - Subunternehmer der Firma PE) übermittelt worden seien. Gleichgültig, wer die Zeugin angerufen habe, sie habe ihre gesamten Arbeitsaufwendungen dem (Beschwerdeführer) verrechnet. Ihr Einkommen habe etwa 1.000 Euro pro Monat betragen.

...

Da die Aussagen des (Beschwerdeführers) und der Zeugin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Wesentlichen übereinstimmen, können diese - in Verbindung mit dem Akt - der Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Vor dem Hintergrund sich dergestalt ergebenden Sachverhalts ist zu prüfen, ob gegenständlich von einer Beschäftigung der gegenständlichen Ausländerin im Sinne des AuslBG (also in Form eines Arbeitsverhältnisses oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses) auszugehen ist oder ob eine selbstständige Tätigkeit auf Grund eines (unter dem Blickwinkel des wahren wirtschaftlichen Gehalts - § 2 Abs.4 AuslBG) unbedenklichen Werkvertrages anzunehmen ist. Da die Aussagen des (Beschwerdeführers) und der Zeugin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Wesentlichen übereinstimmen, können diese - in Verbindung mit dem Akt - der Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Vor dem Hintergrund sich dergestalt ergebenden Sachverhalts ist zu prüfen, ob gegenständlich von einer Beschäftigung der gegenständlichen Ausländerin im Sinne des AuslBG (also in Form eines Arbeitsverhältnisses oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses) auszugehen ist oder ob eine selbstständige Tätigkeit auf Grund eines (unter dem Blickwinkel des wahren wirtschaftlichen Gehalts - Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG) unbedenklichen Werkvertrages anzunehmen ist.

Unter dem Blickwinkel des wahren wirtschaftlichen Gehaltes ist, wie vor auszuschicken ist, der Zweck der Vereinbarung bedeutsam. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen des (Beschwerdeführers) in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zu verweisen, die zeigen, dass die im Wesentlichen gleiche Funktion kostengünstiger im Wege der Subunternehmerschaft statt im Wege der Begründung von Dienstverhältnissen zu erfüllen ist. Es geht also im Wesentlichen um eine Rechtsformenwahl, wobei das Modell der Subunternehmerschaft den Auftraggeber begünstigt, was in erster Linie auf das Risiko von Leistungsausfällen (in Folge der Auftragslage oder von Krankheit) zurückzuführen ist. Dass es dem Auftraggeber auf Grund seiner Marktposition gelingt, die für ihn günstigere Option bei der Rechtsformenwahl durchzusetzen, als Indiz für die Selbstständigkeit zu deuten, würde den Sinn der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in ihr Gegenteil verkehren. Wenn dem so ist, dass nach dem Modell der Subunternehmerschaft dieselbe Tätigkeit zu schlechteren wirtschaftlichen Bedingungen zu leisten ist, so muss die so erzeugte 'Selbstständigkeit' bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als bloß 'formal' erscheinen. In ständiger Rechtsprechung erblickt der Verwaltungsgerichtshof die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des 'Arbeitnehmerähnlichen' darin, 'dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig ist' (vgl. zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.2009, Zl. 2007/09/0259). Dies ist - sofern man nicht sogar von schlechteren wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen sprechen möchte, gegenständlich der Fall. Die Subunternehmer weisen unter solchen Bedingungen 'de facto dieselbe Stellung wie ein Arbeitnehmer auf' (vgl. zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.12.2008, Zl. 2008/09/0105 zur Zeitungszustellung). Schon diese Überlegungen legen die Annahme einer Beschäftigung im Sinne des AuslBG im vorliegenden Fall nahe. Unter dem Blickwinkel des wahren wirtschaftlichen Gehaltes ist, wie vor auszuschicken ist, der Zweck der Vereinbarung bedeutsam. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen des (Beschwerdeführers) in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zu verweisen, die zeigen, dass die im Wesentlichen gleiche Funktion kostengünstiger im Wege der Subunternehmerschaft statt im Wege der Begründung von Dienstverhältnissen zu erfüllen ist. Es geht also im Wesentlichen um eine Rechtsformenwahl, wobei das Modell der Subunternehmerschaft den Auftraggeber begünstigt, was in erster Linie auf das Risiko von Leistungsausfällen (in Folge der Auftragslage oder von Krankheit) zurückzuführen ist. Dass es dem Auftraggeber auf Grund seiner Marktposition gelingt, die für ihn günstigere Option bei der Rechtsformenwahl durchzusetzen, als Indiz für die Selbstständigkeit zu deuten, würde den Sinn der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in ihr Gegenteil verkehren. Wenn dem so ist, dass nach dem Modell der Subunternehmerschaft dieselbe Tätigkeit zu schlechteren wirtschaftlichen

Bedingungen zu leisten ist, so muss die so erzeugte 'Selbstständigkeit' bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als bloß 'formal' erscheinen. In ständiger Rechtsprechung erblickt der Verwaltungsgerichtshof die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des 'Arbeitnehmerähnlichen' darin, 'dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig ist' vergleiche zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.2009, ZI. 2007/09/0259). Dies ist - sofern man nicht sogar von schlechteren wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen sprechen möchte, gegenständlich der Fall. Die Subunternehmer weisen unter solchen Bedingungen 'de facto dieselbe Stellung wie ein Arbeitnehmer auf' vergleiche zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.12.2008, ZI. 2008/09/0105 zur Zeitungszustellung). Schon diese Überlegungen legen die Annahme einer Beschäftigung im Sinne des AuslBG im vorliegenden Fall nahe.

Unter dem Gesichtspunkt des in Rede stehenden Kriteriums des wahren wirtschaftlichen Gehalts ist, wie hervorzuheben ist, die formale Gestaltung der Verhältnisse (etwa im Sinne der Deklaration des gegenständlichen Subunternehmervertrages, es werde 'kein Dienstverhältnis oder arbeitnehmerähnliches Verhältnis

... begründet') irrelevant. (Zur Irrelevanz der Bezeichnung der

Vertrags vgl. statt vieler das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.2009, 2009/09/0121). Maßgeblich sind vielmehr die tatsächlichen Umstände des Tätigwerdens der Ausländer (vgl. zB. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.2009, ZI. 2009/09/0129). Der Subunternehmervertrag hat gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen nur subsidiäre Bedeutung. Irrelevant ist daher auch der Besitz von Gewerbeberechtigungen (vgl. zB. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.9.2009, ZI. 2009/09/0167) und die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Ausgestaltung. Vertrags vergleiche statt vieler das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.2009, 2009/09/0121). Maßgeblich sind vielmehr die tatsächlichen Umstände des Tätigwerdens der Ausländer vergleiche zB. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.2009, ZI. 2009/09/0129). Der Subunternehmervertrag hat gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen nur subsidiäre Bedeutung. Irrelevant ist daher auch der Besitz von Gewerbeberechtigungen vergleiche zB. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.9.2009, ZI. 2009/09/0167) und die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Ausgestaltung.

...

Betrachtet man ... das vorliegende Vertragsverhältnis, so ist

- aus den Schilderungen des (Beschwerdeführers) und der Zeugin, selbst unter Berücksichtigung des Subunternehmervertrages - nicht im Entferntesten erkennbar, worin ein 'Werk' bestanden haben könnte. Von einer im Vertrag individualisierten und konkretisierten Leistung als einer geschlossenen Einheit kann keine Rede sein. Ein Endprodukt im Sinne dieser Judikatur ist nicht ersichtlich. Dementsprechend bezieht sich die vorgelegte Rechnung auf einen Zeitraum von einem Kalendermonat (mit angeführten Einzelleistungen, die aber kein definitives 'Ziel' im Sinne der zitierten Rechtsprechung darstellen), liegt also ein Dauerschuldverhältnis und kein Zielschuldverhältnis vor. Aus ähnlichen Erwägungen kann auch nicht von einem gewährleistungstauglichen Erfolg im Sinne dieser Rechtsprechung gesprochen werden - ohne Werk keine Haftung (vgl. zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.6.2009, ZI. 2008/09/0121).- aus den Schilderungen des (Beschwerdeführers) und der Zeugin, selbst unter Berücksichtigung des Subunternehmervertrages - nicht im Entferntesten erkennbar, worin ein 'Werk' bestanden haben könnte. Von einer im Vertrag individualisierten und konkretisierten Leistung als einer geschlossenen Einheit kann keine Rede sein. Ein Endprodukt im Sinne dieser Judikatur ist nicht ersichtlich. Dementsprechend bezieht sich die vorgelegte Rechnung auf einen Zeitraum von einem Kalendermonat (mit angeführten Einzelleistungen, die aber kein definitives 'Ziel' im Sinne der zitierten Rechtsprechung darstellen), liegt also ein Dauerschuldverhältnis und kein Zielschuldverhältnis vor. Aus ähnlichen Erwägungen kann auch nicht von einem gewährleistungstauglichen Erfolg im Sinne dieser Rechtsprechung gesprochen werden - ohne Werk keine Haftung vergleiche , zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.6.2009, ZI. 2008/09/0121).

...

Zusätzlich sei auf die enge Einbindung der Ausländerin in die Betriebsorganisation des Unternehmens des (Beschwerdeführers) hingewiesen. Die Tätigkeit ließ weder in inhaltlicher (Pakettransport) noch in zeitlicher und örtlicher Hinsicht einen zu beachtenden Dispositionsspielraum zu. Bei derart intensiven Vorgaben ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis auszugehen. In diesem

Sinne führte der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25.3.2010, ZI. 2007/09/0261, aus: 'Tätigkeiten, wie etwa das Einlegen von Werbematerial oder Aufkleben von Stickern (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27.10.1999, ZI. 98/09/0033, mwN), die Tätigkeit als Werbemittelverteiler (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29.11.2000, 98/09/0153), die Tätigkeit als Schneeräumer mit einem firmeneigenen Schneeräumgerät nach einem vorgegebenen Plan (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 2.9.1993, ZI. 92/09/0322 und vom 4.9.2003, ZI. 2001/09/0060), die Tätigkeit als Verpacker (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17.11.2004, ZI. 2001/09/0236), die Tätigkeit als Fleischzerleger und als Entknocher (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2.10.2003, ZI. 2001/09/0067) oder auch die Tätigkeit als Verkäufer von Getränken als 'Pächter' eines Kiosk (vgl. das Erkenntnis vom 16.12.1997, ZI. 96/09/0328) oder als Zeitungszusteller (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22.2.2007, ZI. 2002/09/0187 mwN) wurden als arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten gewertet, die derart durch die Vorgaben des Auftraggebers vorherbestimmt sind, dass sie als arbeitnehmerähnlich im Sinne des § 2 Abs.2 lit.b AuslBG zu qualifizieren waren ...' Die hier gegenständliche Tätigkeit erscheint insbesondere mit der Tätigkeit von Zeitungszustellern und Werbemittelverteilern vergleichbar. Zusätzlich sei auf die enge Einbindung der Ausländerin in die Betriebsorganisation des Unternehmens des (Beschwerdeführers) hingewiesen. Die Tätigkeit ließ weder in inhaltlicher (Pakettransport) noch in zeitlicher und örtlicher Hinsicht einen zu beachtenden Dispositionsspielraum zu. Bei derart intensiven Vorgaben ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis auszugehen. In diesem Sinne führte der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25.3.2010, ZI. 2007/09/0261, aus: 'Tätigkeiten, wie etwa das Einlegen von Werbematerial oder Aufkleben von Stickern vergleiche etwa das hg. Erkenntnis vom 27.10.1999, ZI. 98/09/0033, mwN), die Tätigkeit als Werbemittelverteiler vergleiche das hg. Erkenntnis vom 29.11.2000, 98/09/0153), die Tätigkeit als Schneeräumer mit einem firmeneigenen Schneeräumgerät nach einem vorgegebenen Plan vergleiche die hg. Erkenntnisse vom 2.9.1993, ZI. 92/09/0322 und vom 4.9.2003, ZI. 2001/09/0060), die Tätigkeit als Verpacker vergleiche das hg. Erkenntnis vom 17.11.2004, ZI. 2001/09/0236), die Tätigkeit als Fleischzerleger und als Entknocher vergleiche das hg. Erkenntnis vom 2.10.2003, ZI. 2001/09/0067) oder auch die Tätigkeit als Verkäufer von Getränken als 'Pächter' eines Kiosk vergleiche das Erkenntnis vom 16.12.1997, ZI. 96/09/0328) oder als Zeitungszusteller vergleiche das hg. Erkenntnis vom 22.2.2007, ZI. 2002/09/0187 mwN) wurden als arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten gewertet, die derart durch die Vorgaben des Auftraggebers vorherbestimmt sind, dass sie als arbeitnehmerähnlich im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG zu qualifizieren waren ...' Die hier gegenständliche Tätigkeit erscheint insbesondere mit der Tätigkeit von Zeitungszustellern und Werbemittelverteilern vergleichbar.

Die Einbindung in die Betriebsorganisation zeigt sich in der vorliegenden Konstellation speziell auch in der Intensität der Kontrolle (bzw. die Kontrollmöglichkeit über den Scanner), den Richtlinien für die Leistungserbringung, dem 'Einspringen' des (Beschwerdeführers) unter der erwähnten Voraussetzung und vor allem auch in der Weisungsunterworfenheit der Tätigkeit der Ausländerin (vgl. insbesondere die telefonischen Anordnungen im Einzelfall, die eine Art Bereitschaftsdienst voraussetzen). Die Einbindung in die Betriebsorganisation zeigt sich in der vorliegenden Konstellation speziell auch in der Intensität der Kontrolle (bzw. die Kontrollmöglichkeit über den Scanner), den Richtlinien für die Leistungserbringung, dem 'Einspringen' des (Beschwerdeführers) unter der erwähnten Voraussetzung und vor allem auch in der Weisungsunterworfenheit der Tätigkeit der Ausländerin vergleiche insbesondere die telefonischen Anordnungen im Einzelfall, die eine Art Bereitschaftsdienst voraussetzen).

Zudem ist festzuhalten, dass die Ausländerin über einen längeren Zeitraum hinweg regelmäßig (es ging um die wiederholte Erbringung der Art nach umschriebener Leistungen) für den (Beschwerdeführer) (und nicht für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer) bei Fehlen eigener Betriebsmittel (abgesehen vom vom (Beschwerdeführer) gemieteten Kfz, wobei die Kfz-Miete unter den gegebenen Umständen als ambivalent einzustufen ist); bzw. einer eigenen Betriebsorganisation (selbst die Rechnungen der Ausländerin verfasste nach Auskunft des (Beschwerdeführers) eine Dame aus der Buchhaltung der Firma PE) und eigenen Personals (auch eine aktuell gewordene Vertretungsmöglichkeit im irrelevanten Zeitraum ist nicht hervorgekommen) tätig war. Sofern man im Hinblick auf die Weisungsbindung (persönliche Abhängigkeit) in Verbindung mit der Akkordentlohnung (vgl. die in der vorgelegten Rechnung der Ausländerin aufscheinenden Tarife; zum Akkordlohn für nach Stückzahlen bemessene Leistungen vgl. zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.12.2006, ZI. 2005/09/0142) von einem Arbeitsverhältnis (§ 2 Abs.2 lit. a AuslBG) ausgeht, liegt nach dem Überwiegen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung (zu sogenannten 'beweglichen System' vgl. zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.3.2009, ZI. 2008/09/0082) anhand des Merkmalkatalogs, der über Bachler, AuslBG, Seite 11 in die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Eingang gefunden hat, jedenfalls ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis (§ 2 Abs.2

lit.b AuslBG) vor. Zudem ist festzuhalten, dass die Ausländerin über einen längeren Zeitraum hinweg regelmäßig (es ging um die wiederholte Erbringung der Art nach umschriebener Leistungen) für den (Beschwerdeführer) (und nicht für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer) bei Fehlen eigener Betriebsmittel (abgesehen vom vom (Beschwerdeführer) gemieteten Kfz, wobei die Kfz-Miete unter den gegebenen Umständen als ambivalent einzustufen ist); bzw. einer eigenen Betriebsorganisation (selbst die Rechnungen der Ausländerin verfasste nach Auskunft des (Beschwerdeführers) eine Dame aus der Buchhaltung der Firma PE) und eigenen Personals (auch eine aktuell gewordene Vertretungsmöglichkeit im irrelevanten Zeitraum ist nicht hervorgekommen) tätig war. Sofern man im Hinblick auf die Weisungsbindung (persönliche Abhängigkeit) in Verbindung mit der Akkordentlohnung vergleiche die in der vorgelegten Rechnung der Ausländerin aufscheinenden Tarife; zum Akkordlohn für nach Stückzahlen bemessene Leistungen vergleiche zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.12.2006, Zl. 2005/09/0142) von einem Arbeitsverhältnis (Paragraph 2, Absatz 2, Litera a, AuslBG) ausgeht, liegt nach dem Überwiegen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung (zu sogenannten 'beweglichen System' vergleiche zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.3.2009, Zl. 2008/09/0082) anhand des Merkmalkatalogs, der über Bachler, AuslBG, Seite 11 in die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Eingang gefunden hat, jedenfalls ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis (Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG) vor.

Um Missverständnissen vorzubeugen sei darauf hingewiesen, dass die Ausländerin ausschließlich zum (Beschwerdeführer) in einem Vertragsverhältnis stand und auch ausschließlich an diesen Rechnungen stellte, woran weder die Möglichkeit von Weisungen durch PE oder BC noch die (allfällige) Verrechnung zwischen dem (Beschwerdeführer) und PE bzw. BC etwas ändert."

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass nach Anhang VII Z. 1 der Beitrittsakte Rumäniens zur Europäischen Union die früheren Mitgliedstaaten berechtigt sind, während eines Übergangszeitraums bis zu sieben Jahren (Z. 5) den Zugang rumänischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln; Österreich hat von dieser Möglichkeit durch die Erlassung des § 32a Abs. 1 und 10 AuslBG Gebrauch gemacht, wonach rumänische Staatsangehörige den Bestimmungen des AuslBG unterfallen. Vorauszuschicken ist, dass nach Anhang römisch sieben Ziffer eins, der Beitrittsakte Rumäniens zur Europäischen Union die früheren Mitgliedstaaten berechtigt sind, während eines Übergangszeitraums bis zu sieben Jahren (Ziffer 5,) den Zugang rumänischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln; Österreich hat von dieser Möglichkeit durch die Erlassung des Paragraph 32 a, Absatz eins und 10 AuslBG Gebrauch gemacht, wonach rumänische Staatsangehörige den Bestimmungen des AuslBG unterfallen.

Der Beschwerdeführer versucht in der Beschwerde, durch selektiv ausgewählte und aus ihrem Zusammenhang gelöste Zitate aus dem "Subunternehmervertrag" zur rechtlichen Beurteilung, es habe sich um einen "Werkvertrag" gehandelt, zu gelangen. Die vom Beschwerdeführer angestrebte Bewertung der Tätigkeit der Rumänin als selbständige Tätigkeit hält aber vor dem Hintergrund des gesamten festgestellten Sachverhaltes einer näheren Betrachtung nicht stand:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger

Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung vergleiche , Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf Paragraph 879, ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN).

Die Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) wird dann anzunehmen sein, wenn zwar die für ein "echtes" Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einem solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind. Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt - nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (z.B. Werkvertrag oder freier Dienstvertrag). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung. Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist. Die Arbeitnehmerähnlichkeit (Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG) wird dann anzunehmen sein, wenn zwar die für ein "echtes" Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einem solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind. Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt - nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (z.B. Werkvertrag oder freier Dienstvertrag). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung. Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist.

Als typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung werden etwa die Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers, Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, persönliche Leistungspflicht, Beschränkung der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit, Berichterstattungspflicht, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Arbeit nur für einen oder nur eine geringe Zahl von Auftraggebern, Unternehmensbindung, Entgeltlichkeit oder direkter Nutzen der Arbeitsleistung für den Auftraggeber, Arbeit gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen (wie z.B. durch Kilometergelder, Ersatz von Telefonkosten etc.), genannt.

Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht hingegen, dass der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert, wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288, mwN). 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 vergleiche zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zlen. 2009/09/0287, 0288, mwN).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in

dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187). Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vergleiche, z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag im Vorhinein individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN). Dass entgegen den auf dem Inhalt des vorliegenden "Subunternehmervertrages" beruhenden Ausführungen der belangten Behörde, wonach ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, bekannt gegeben worden sei, worin das jeweils abgeschlossene "Werk" bestanden habe, wird auch in der Beschwerde nicht dargetan. Gegenständlich stand im Vorhinein nur fest, dass sich StS auf Dauer verpflichtete, Zustelleistungen zu erbringen. Die konkrete Zuweisung erfolgte jeweils unmittelbar vor Arbeitsausführung, was typisch für ein Beschäftigungsverhältnis ist. Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag im Vorhinein individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vergleiche, z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN). Dass entgegen den auf dem Inhalt des vorliegenden "Subunternehmervertrages" beruhenden Ausführungen der belangten Behörde, wonach ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, bekannt gegeben worden sei, worin das jeweils abgeschlossene "Werk" bestanden habe, wird auch in der Beschwerde nicht dargetan. Gegenständlich stand im Vorhinein nur fest, dass sich StS auf Dauer verpflichtete, Zustelleistungen zu erbringen. Die konkrete Zuweisung erfolgte jeweils unmittelbar vor Arbeitsausführung, was typisch für ein Beschäftigungsverhältnis ist.

Gegenständlich ist ausschließlich die zwischen dem Beschwerdeführer und StS bestehende Situation zu bewerten; es ist dabei irrelevant, ob dem Beschwerdeführer von den in der "pyramidalen Organisation" höher stehenden Auftraggebern ähnliche oder gleichartige Bedingungen vorgegeben waren.

Die auf dem Inhalt des "Subunternehmervertrages" (in der Folge: SUV) und den Angaben des Beschwerdeführers (danach wurden die Vertragsbestimmungen auch im Wesentlichen in der Realität gelebt) beruhenden Ausführungen der belangten Behörde zur Einbindung von StS in die Betriebsorganisation des Unternehmens des Beschwerdeführers sind nicht als rechtswidrig zu erkennen. Insbesondere und beispielsweise sind folgende für die Unselbstständigkeit der StS sprechende Umstände (in der Reihenfolge der oben genannten Abgrenzungsmerkmale) hervorzuheben:

A) StS erbrachte ihre Leistung regelmäßig und auf Dauer für das Unternehmen des Beschwerdeführers.

B) Ihre Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit war auf ein Minimum beschränkt. Beispielsweise sei erwähnt: Es wurden StS vielfache persönliche Verhaltenspflichten auferlegt, sogar für den "Weg von und zur Arbeit" (1.1 SUV); es wurde verpflichtend das Tragen bestimmter Arbeitskleidung und einer Identitätskarte angeordnet (5.4 SUV); die Einteilung der Beförderungen erfolgte einseitig durch das Unternehmen des Beschwerdeführers und konnte jederzeit mündlich von diesem einseitig geändert werden (1.3 SUV); die eventuelle Weitergabe an andere "Subunternehmer" durch StS bedurfte der Genehmigung (5.2 SUV), selbst für deren Verhalten wurden Regeln auferlegt (5.3 SUV); es wurde detailliert angeordnet, wie StS eigene Mitarbeiter auszuwählen habe (3.2 bis 3.8 SUV); subsidiär war sogar die direkte Bezahlung von Mitarbeitern der StS durch den Beschwerdeführer vorgesehen (4.3 SUV); es wurde StS vorgeschrieben, dass sie inhaltlich bestimmte (z.B. österreichisches Versicherungsunternehmen, Mindestdeckungssummen) Versicherungen abzuschließen habe (8.1 SUV).

C) Es bestand eine detaillierte und weitreichende Berichterstattungspflicht der StS, sowohl was ihre eigene Arbeit betraf als auch die eventueller Erfüllungsgehilfen (z.B. 2.6, 3.2, 3.8 SUV); dem Beschwerdeführer standen nahezu uneingeschränkte Kontrollrechte zu ("jederzeit und an jedem Ort", sogar die Mitfahrmöglichkeit von Kontrolloren im Fahrzeug des "Subunternehmers" zu Kontrollzwecken war bedungen (5.5 SUV); die Kontrollen wurden auch "sehr oft und systematisch" ausgeübt (Aussage des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung); die "Subunternehmer" hatten für ihre jederzeitige telefonische Erreichbarkeit zu sorgen (5.1 SUV).

D) StS arbeitete nur für den Beschwerdeführer als Auftraggeber.

E) Eine Unternehmensbindung wurde u.a. durch die verpflichtende Ausstattung der verwendeten Fahrzeuge mit fix anzubringenden Aufklebern zwecks "einheitlichem Erscheinungsbild" erreicht (2.3 SUV); durch diese Anordnung ist es de facto nur sehr schwer möglich, das Erscheinungsbild des Fahrzeuges so zu verändern, dass es auch für Aufträge, die nicht mit den vom Beschwerdeführer erteilten zusammenhängen, sozusagen als "eigenes Firmenfahrzeug" des "Subunternehmers" Verwendung finden kann. Die Ausrüstung eines Fahrzeuges war durch den Beschwerdeführer zu genehmigen (2.1 SUV) und durfte regelmäßig kontrolliert (2.4 SUV) werden. Es bestand nicht nur ein (allgemein übliches Konkurrenzverbot), sondern darüber hinausgehend wurde die Tätigkeit der angeblichen "Subunternehmer" für andere Auftraggeber dadurch wesentlich erschwert, dass sogar die "Beiladung" anderer zu transportierender Gegenstände in den für die Erfüllung der Aufträge des Beschwerdeführers verwendeten Fahrzeugen untersagt war (9.1 SUV).

F) Die Entgelte wurden einseitig durch den Beschwerdeführer festgelegt (hiebei ist es gegenständlich unerheblich, ob der Beschwerdeführer selbst Vorgaben unterlag); eine unternehmerische Kalkulation seitens der StS war dadurch faktisch nicht möglich; der Nutzen der Tätigkeit der StS kam direkt dem Beschwerdeführer zu Gute.

G) Es ist nicht hervorgekommen, dass StS losgelöst vom gegenständlichen Auftrag spezifische Betriebsmittel angeschafft hätte; die Miete des Fahrzeuges vom Beschwerdeführer stand ausschließlich im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Auftrag; StS trat nicht werbend am Markt auf und verfügte über keine unternehmerische Infrastruktur (die belangte Behörde weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass selbst die Erstellung der Rechnungen für StS durch einen im gegenständlichen "Pyramidensystem" höherrangigen Auftraggeber erfolgte).

Wenn der Beschwerdeführer in der Beschwerde darauf hinweist, dass StS ihre Tätigkeit mit einem eigenen Pkw ausgeübt habe, so entspricht dies nur zum Teil der Aussage der StS, die eine teilweise Benutzung eines nicht dem vertraglich verlangten Erscheinungsbild entsprechenden privaten Pkws in Fällen angegeben hat, in denen nicht "entsprechend viele Pakete" zu transportieren gewesen seien. Die Benutzung eines solchen Pkw widerspricht dem SUV, auf dessen Einhaltung aber nach den Aussagen des Beschwerdeführers Wert gelegt wurde. Damit ist aus der - vertragswidrigen, aber offenbar nicht aufgefallenen - Verwendung des privaten Pkws kein Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit der StS zu gewinnen.

Die Verwendung der StS erfolgte daher in einer Weise, bei der ihr nahezu kein Gestaltungsspielraum mehr verblieb, sohin in einem Abhängigkeitsverhältnis.

Gegen die Strafbemessung wird in der Beschwerde nichts vorgebracht. Auch beim Verwaltungsgerichtshof sind bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit keine Bedenken entstanden.

Da der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Wien, am 5. November 2010 Da der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß Paragraph 35, Absatz eins, VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Wien, am 5. November 2010

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2010090195.X00

Im RIS seit

10.12.2010

Zuletzt aktualisiert am

08.02.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at