

# TE Vwgh Erkenntnis 2009/5/15 2007/09/0168

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.05.2009

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E6j;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

61994CJ0107 Asscher VORAB;  
61999CJ0268 Aldona Malgorzata Jany VORAB;  
62004CJ0151 Nadin VORAB;  
ABGB §1151;  
AuslBG §2 Abs2 idF 2003/I/133;  
AuslBG §2 Abs2 litb idF 2003/I/133;  
AuslBG §2 Abs2 litb idF 2003/I/133;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2004/I/128;  
AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;  
EURallg;  
VStG §5 Abs1;  
VStG §9;  
1. ABGB § 1151 heute  
2. ABGB § 1151 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916  
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 § 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. VStG § 5 heute
2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018

1. VStG § 9 heute
2. VStG § 9 gültig ab 05.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
3. VStG § 9 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. VStG § 9 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. VStG § 9 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

### **Beachte**

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2007/09/0167 E 9. Dezember 2010

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des Mag. F H in W, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 6. Juni 2007, Zl. UVS- 07/A/58/1115/2007-10, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den XY. Bezirk vom 8. Jänner 2007, wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der F. GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 30. Juni 2005 in Graz einen namentlich genannten ungarischen Staatsangehörigen als Werbemittelverteiler beschäftigt habe, obwohl für diesen ausländischen Staatsangehörigen entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung noch eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden seien noch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besessen habe. Er habe dadurch die Vorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 leg. cit. in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG verletzt. Der Beschwerdeführer wurde wegen dieser Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.900,-- (Ersatzfreiheitsstrafe eine Woche 4 Tage und 5 Stunden) bestraft. Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den XY. Bezirk vom 8. Jänner 2007, wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der F. GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 30. Juni 2005 in Graz einen namentlich genannten ungarischen Staatsangehörigen als Werbemittelverteiler beschäftigt habe, obwohl für diesen ausländischen Staatsangehörigen entgegen Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung noch eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden seien noch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besessen habe. Er habe dadurch die Vorschrift des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, leg. cit. in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz eins, VStG verletzt. Der Beschwerdeführer wurde wegen dieser Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.900,-- (Ersatzfreiheitsstrafe eine Woche 4 Tage und 5 Stunden) bestraft.

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Beschwerdeführer in offener Frist Berufung.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde wurde dieser Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG in der Schuldfrage keine Folge gegeben, jedoch die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf eine Woche und zwei Tage herabgesetzt. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde wurde dieser Berufung gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG in der Schuldfrage keine Folge gegeben, jedoch die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf eine Woche und zwei Tage herabgesetzt.

Die belangte Behörde ging auf Grund der von ihr durchgeführten öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung von nachstehendem Sachverhalt aus (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Der Berufungswerber ist unbestrittenermaßen handelsrechtlicher Geschäftsführer der F. GmbH mit dem Sitz in Wien und gemäß § 9 Abs. 1 VStG als zur Vertretung nach außen berufenes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich." Der Berufungswerber ist unbestrittenermaßen handelsrechtlicher Geschäftsführer der F. GmbH mit dem Sitz in Wien und gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG als zur Vertretung nach außen berufenes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich.

Unbestritten ist und steht auf Grund des ausgefüllten Erhebungsbogens fest, dass Herr Z. S. am 30.6.2005 in Graz im Auftrag der F. GmbH Prospekte verteilt hat.

Auf Grund des Erhebungsbogens steht auch fest, dass Herr Z. S. 6-8 Stunden täglich für die F. GmbH gearbeitet und dabei ein monatliches Entgelt von 600,-- - 800,-- Euro erwirtschaftet hat.

Weiters steht auf Grund der Aussage der Zeugen N. fest, dass Herr Z. S. seine Tätigkeit auf Grund eines Verteilauftrages erfüllt hat. Aus diesem Verteilauftrag ergibt sich das Verteilgebiet sowie die Anzahl der Haushalte, in denen Werbematerial verteilt werden soll.

Auf Grund der glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeugen S. und N. steht fest, dass der Verteiler in städtischen Gebieten in der Regel 24 h für die Verteilung Zeit hatte.

Auf Grund der glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeugen S. und N. steht fest, dass Herr Z. S. seine Rechnungen auf vorgefertigten Vordrucken der Firma F. erstattet hat und sein Entgelt wöchentlich für alle Verteilaufträge gesammelt ausbezahlt bekommen hat. Das Entgelt berechnet sich nach einer vorgefertigten, in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vorgelegten Honorarliste der F. GmbH.

Weiters wird auf Grund der glaubwürdigen und übereinstimmenden Aussagen der Zeugen S. und N. festgestellt, dass Herr Z. S. im Fall der Schlechterfüllung seines Verteilauftrages keine Haftung für Schäden getroffen hätte, sondern er in diesem Fall kein Entgelt erhalten hätte sowie dass seine Verteiltätigkeit im Hinblick auf Vollständigkeit und ihre tatsächliche Durchführung stichprobenartig kontrolliert wurde.

Der Berufungswerber hat im gesamten Verwaltungsstrafverfahren behauptet, die Tätigkeit eines Werbemittelverteilers, der einen Rahmenwerkvertrag (wie er von ihm auch vorgelegt wurde) mit der F. GmbH abgeschlossen hat, sei als selbständige Tätigkeit anzusehen und bedürfte diese Person daher keiner arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde den von ihr festgestellten Sachverhalt dahingehend, dass es bei der Beurteilung des zwischen der F. GmbH und dem Ausländer bestehenden Verhältnisses nicht auf den nominell von diesem unterschriebenen "Rahmenwerkvertrag", sondern entscheidend auf die tatsächlichen Umstände ankomme. Die Tatsache nämlich, dass eine schriftliche Rahmenvereinbarung als "Rahmenvertrag" bezeichnet werde, rechtfertige alleine nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag einerseits und einem dem AuslBG unterliegenden arbeitnehmerähnlichen Verhältnis andererseits habe der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, im Wesentlichen ausgeführt, aus § 2 Abs. 2 und Abs. 3 AuslBG folge, dass der Begriff der Beschäftigung im AuslBG nicht nur Arbeitsvertragsverhältnisse umfasse, und dass unter Arbeitgeber nicht nur der Vertragspartner eines Arbeitsvertrages zu verstehen sei. Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor der Beschäftigung eines Ausländers treffe daher nach § 3 Abs. 1 AuslBG auch einen "Werkvertragsgeber", wenn die Grundlage für den Vertrag nicht in rechtlichen oder sonstigen Normen liege und der Werkvertrag so beschaffen sei, dass der Werkvertragsnehmer zwar nicht in der Frage seiner persönlichen, aber in der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleich komme. Der Verwaltungsgerichtshof habe sich in seinem zum Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz ergangenen Erkenntnis vom 12. Februar 1986 = Slg. Nr. 12.015/A eingehend unter Angabe von Schrifttum und Judikatur insbesondere zu § 2 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes mit dem Begriff des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auseinandergesetzt. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 2 AuslBG wiesen hinsichtlich der arbeitnehmerähnlichen Verhältnisse ausdrücklich auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere jene des § 2 Abs. 1 AGG und die dazu ergangene Judikatur hin. Es bestehe damit kein Zweifel, dass der Gesetzgeber des AuslBG abgesehen von der Ausnahme durch den Verweis auf gewerberechtliche und sonstige Vorschriften, den Begriff des

arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses nicht anders als in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften verstanden habe wissen wollen. In diesem Erkenntnis habe der Verwaltungsgerichtshof auch ausgesprochen, dass das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber auch ein Werkvertragsverhältnis, aber auch ein sogenannter "freier Dienstvertrag" sein könne. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses könne demnach jede Art von Arbeitsleistung sein. Die Rechtsnatur der Vertragsbeziehungen zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger sei nicht entscheidend. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit sei vielmehr die wirtschaftliche Unselbstständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leiste, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer arbeitnehmerähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befinde. Der Arbeitnehmerähnliche sei jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig. Seine wirtschaftliche Unselbstständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren sei, müsse 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 sei. Ebenso wie beim Arbeitnehmer sei 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 Lebensunterhaltes angewiesen sei oder er sie auch nur dafür verwende, oder ob er seinen Lebensunterhalt aus anderen Einkünften oder aus eigenem Vermögen bestreite. Entscheidend sei vielmehr der organisatorische Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit, und nicht, ob die arbeitnehmerähnliche Person konkret auf die Gegenleistung aus diesem Rechtsverhältnis zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes angewiesen sei. Darauf, woraus sie konkret ihren Lebensunterhalt bestreite, komme es daher auch unter dem "finanziellen" Aspekt der Arbeitnehmerähnlichkeit nicht an. Was den "organisatorischen" Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit betreffe, bedürfe 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 leiste, so beschaffen sei, dass sie auf Grund der Art und Weise, in der sie für ihn tätig sei, trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage sei, ihre Arbeitskraft, insoweit sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über diese gehindert sei, anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen und daher als unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein persönlich abhängiger Arbeitnehmer tätig anzusehen sei. Bei dieser Beurteilung sei in methodischer Hinsicht zu beachten, dass nicht alle Kriterien, die an sich zur Bestimmung der Arbeitnehmerähnlichkeit wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit in konkreten Einzelfällen möglicherweise relevant sein könnten, als solche aber gar nicht erschöpfend fassbar seien, verwirklicht sein müssten. Arbeitnehmerähnlich könne daher eine Person auch dann sein, wenn hinsichtlich deren Tätigkeit das eine oder andere an sich relevante Merkmal fehle, das eine oder andere an sich relevante Merkmal nur geringfügig ausgeprägt sei, während andere wieder in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kämen. Hierbei dürften einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, nicht isoliert voneinander gesehen werden, sondern müssten in eine Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden. Übe eine Person über den selben Zeitraum Tätigkeiten für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern aus, so spreche dies grundsätzlich gegen ihre Arbeitnehmerähnlichkeit wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit im Verhältnis zu ihrem Auftrag, weil derjenige, der gleichzeitig mit einer unbestimmten häufig wechselnden Zahl von Auftraggebern zu tun habe, im Regelfall von keinem einzelnen von ihnen wirtschaftlich abhängig sei. Rechtlich beurteilte die belangte Behörde den von ihr festgestellten Sachverhalt dahingehend, dass es bei der Beurteilung des zwischen der F. GmbH und dem Ausländer bestehenden Verhältnisses nicht auf den nominell von diesem unterschriebenen "Rahmenwerkvertrag", sondern entscheidend auf die tatsächlichen Umstände ankomme. Die Tatsache nämlich, dass eine schriftliche Rahmenvereinbarung als "Rahmenvertrag" bezeichnet werde, rechtfertige alleine nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag einerseits und einem dem AuslBG unterliegenden arbeitnehmerähnlichen Verhältnis andererseits habe der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, im Wesentlichen ausgeführt, aus Paragraph 2, Absatz 2 und Absatz 3, AuslBG folge, dass der Begriff der Beschäftigung im AuslBG nicht nur Arbeitsvertragsverhältnisse umfasse, und dass unter Arbeitgeber nicht nur der Vertragspartner eines Arbeitsvertrages zu verstehen sei. Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor der Beschäftigung eines Ausländers treffe daher nach Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG auch einen "Werkvertragsgeber", wenn die Grundlage für den Vertrag nicht in rechtlichen oder sonstigen Normen liege und der Werkvertrag so beschaffen sei, dass der Werkvertragsnehmer zwar nicht in der Frage seiner

persönlichen, aber in der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleich komme. Der Verwaltungsgerichtshof habe sich in seinem zum Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz ergangenen Erkenntnis vom 12. Februar 1986 = Slg. Nr. 12.015/A eingehend unter Angabe von Schrifttum und Judikatur insbesondere zu Paragraph 2, Absatz eins, des Arbeitsgerichtsgesetzes mit dem Begriff des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auseinandergesetzt. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu Paragraph 2, AuslBG wiesen hinsichtlich der arbeitnehmerähnlichen Verhältnisse ausdrücklich auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere jene des Paragraph 2, Absatz eins, AGG und die dazu ergangene Judikatur hin. Es bestehe damit kein Zweifel, dass der Gesetzgeber des AuslBG abgesehen von der Ausnahme durch den Verweis auf gewerberechtliche und sonstige Vorschriften, den Begriff des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses nicht anders als in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften verstanden habe wissen wollen. In diesem Erkenntnis habe der Verwaltungsgerichtshof auch ausgesprochen, dass das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber auch ein Werkvertragsverhältnis, aber auch ein sogenannter "freier Dienstvertrag" sein könne. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses könne demnach jede Art von Arbeitsleistung sein. Die Rechtsnatur der Vertragsbeziehungen zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger sei nicht entscheidend. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit sei vielmehr die wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leiste, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer arbeitnehmerähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befinde. Der Arbeitnehmerähnliche sei jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig. Seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren sei, müsse 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 sei. Ebenso wie beim Arbeitnehmer sei 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 Lebensunterhaltes angewiesen sei oder er sie auch nur dafür verwende, oder ob er seinen Lebensunterhalt aus anderen Einkünften oder aus eigenem Vermögen bestreite. Entscheidend sei vielmehr der organisatorische Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit, und nicht, ob die arbeitnehmerähnliche Person konkret auf die Gegenleistung aus diesem Rechtsverhältnis zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes angewiesen sei. Darauf, woraus sie konkret ihren Lebensunterhalt bestreite, komme es daher auch unter dem "finanziellen" Aspekt der Arbeitnehmerähnlichkeit nicht an. Was den "organisatorischen" Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit betreffe, bedürfe 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 leiste, so beschaffen sei, dass sie auf Grund der Art und Weise, in der sie für ihn tätig sei, trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage sei, ihre Arbeitskraft, insoweit sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über diese gehindert sei, anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen und daher als unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein persönlich abhängiger Arbeitnehmer tätig anzusehen sei. Bei dieser Beurteilung sei 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 seien, verwirklicht sein müssten. Arbeitnehmerähnlich könne daher eine Person auch dann sein, wenn hinsichtlich deren Tätigkeit das eine oder andere an sich relevante Merkmal fehle, das eine oder andere an sich relevante Merkmal nur geringfügig ausgeprägt sei, während andere wieder in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kämen. Hierbei dürften einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, nicht isoliert voneinander gesehen werden, sondern müssten in eine Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden. Übe eine Person über den selben Zeitraum Tätigkeiten für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern aus, so spreche 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 habe, im Regelfall von keinem einzelnen von ihnen wirtschaftlich abhängig sei.

Schon die Erstbehörde sei in ihrer rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes nicht von der erwähnten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen. Im Einklang mit dieser Judikatur insbesondere auch zur Frage der Werbemittelverteilung sei daher auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Ausländer unter ähnlichen wirtschaftlichen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer verwendet bzw. tätig geworden sei und zwar aus

folgenden Überlegungen: Den dargelegten (abstrakten) Vertragsbestimmungen des "Rahmenwerkvertrages", deren Merkmale gegen ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen sollten, komme vor dem Hintergrund der tatsächlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen bzw. der festgestellten konkreten Umsetzung des Vertrages für die Beurteilung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Ausländers kein entscheidendes Gewicht zu. Der Beschwerdeführer habe verkannt, dass die Anwendung der Bestimmungen des AuslBG bzw. die Bewilligungspflicht des § 3 AuslBG allein durch inhaltliche Ausgestaltung der mit einem Ausländer getroffenen schriftlichen Vereinbarung nicht beseitigt werden könne, weil diese Vereinbarung nicht nach dem Wortlaut, sondern nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinne des § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG zu beurteilen sei. Maßgeblich für den Beschäftigungsbegriff des AuslBG bzw. die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung sei eben die Verwendung unter bestimmten Umständen. Diese Verwendung könne auch unter Umständen erfolgen, denen kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Ausländer und der Person, die den Ausländer verwende, zugrunde liege. Ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Werkvertrages sei es, dass ein "Werk", somit ein bestimmter Erfolg, geschuldet werde. Umfasse der Auftrag des Unternehmens des Beschwerdeführers an den Ausländer "die Verteilung von Werbe- und Informationsmaterial", so sei auch wenn bei der Übernahme des Werbematerials ein bestimmter Rayon vereinbart und ein Verteilungstermin vorgegeben werde, nicht die Herstellung eines bestimmten Erfolges (Werkes) durch den Ausländer im Vordergrund gestanden, sondern die Bereitstellung der Arbeitskraft des Ausländers zur Verteilung von Werbematerial. Dafür spreche auch, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch der Zeuge N. angegeben hätten, dass im Hinblick auf inländische Verteiler nicht kontrolliert worden sei, ob diese den Gewerbeschein hätten, obwohl nach den übereinstimmenden Aussagen keine Unterschiede in der Verteiltätigkeit vorgelegen seien. Nach der glaubwürdigen Angabe des Zeugen N. müsse sich ein Verteiler zunächst (allenfalls täglich) bei der Firma des Beschwerdeführers einfinden, um mit der konkreten Verteilung von Werbezetteln beauftragt zu werden. Dass die Verteilung einer bestimmten Anzahl von Prospekten in einem vorgegebenen Verteilungsgebiet innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erfolgen müsse, habe der Beschwerdeführer damit begründet, dass seine Firma die Verpflichtung übernommen habe, eine von vornherein vereinbarte bestimmte Anzahl von Prospekten innerhalb des vom Kunden gewünschten und vorgegebenen Verteilungsgebietes zu verteilen. Gerade unter Bedachtnahme auf diese vom Beschwerdeführer selbst dargelegten Umstände sei der Hinweis im Rahmenwerkvertrag (Punkt 1), der Auftragnehmer sei hinsichtlich Zeiteinteilung, Dauer und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes an keinerlei Weisungen gebunden, nicht wirklich nachvollziehbar und solle offenbar den Eindruck erwecken, der Verteiler könne seine Arbeit, wann und wie er wolle erledigen. Dem stehe jedoch gegenüber, dass die Zeugen N. und S. übereinstimmend angegeben hätten, dass der Verteiler im städtischen Gebiet 24 Stunden Zeit für die Verteilung gehabt habe. Im Übrigen habe auch der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass Werbemittelverteiler kein selbständiges, näher umschriebenes "Werk" herstellten und ihre Verwendung daher grundsätzlich in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erfolge. Für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis spreche auch das zeitlich unbegrenzte Kontrollrecht des Beschwerdeführers, die konkrete Durchführung der Verteilung, das wöchentlich nach einer vorgegebenen Liste ausbezahlte Entgelt, die fehlende Haftung für Schlechterfüllung im Hinblick auf einen bloßen Entgeltentfall bzw. einer Entgeltreduktion bei Mängeln in der Verteilung. Dabei handle es sich um regelmäßig wiederkehrende Leistungen, durch deren Erbringung der Ausländer in seiner Entscheidungsfreiheit auf ein Minimum eingeschränkt sei. Zusammenfassend sei daher davon auszugehen, dass trotz der Bezeichnung des vom Beschwerdeführer vorgelegten und vom ausländischen Verteiler unterschriebenen Rahmenwerkvertrages die für eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit desselben für die F. GmbH sprechenden Elemente überwiegen. Es sei also dieses Verhältnis gemäß § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG als Beschäftigung im Sinne dieses Gesetzes anzusehen, wobei die F. GmbH gemäß § 2 Abs. 3 lit. a AuslBG dem Arbeitgeber gleichzuhalten sei. Insoweit sich der Beschwerdeführer auf das europarechtliche Freizügigkeitsrecht des Ausländers berufe, sei ihm zu erwidern, dass nach dem Übergangsrecht zum Beitrittsvertrag mit den neuen Mitgliedstaaten die Art. 39 und 49 Abs. 1 EG-Vertrag hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit zwischen der Republik Österreich und der Republik Ungarn nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nr. 2 bis 14 in den Anhängen zu den Beitrittsverträgen gälten. In Umsetzung dieser Übergangsbestimmungen habe der nationale Gesetzgeber hinsichtlich der Freizügigkeit § 32a AuslBG erlassen. Eine Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit durch den ungarischen Staatsangehörigen sei weiters nur dann möglich, wenn tatsächlich eine selbständige Beschäftigung vorliege, was bei völlig untergeordneten und unwesentlichen Tätigkeiten nicht angenommen werden könne (es folgt ein wörtliches Zitat aus dem Urteil des EuGH vom 20. November 2001, C-268/99 (Jany)). Insoweit der Beschwerdeführer sich darauf berufe, es bestehe für

ungarische Staatsangehörige Niederlassungsfreiheit bzw. Dienstleistungsfreiheit sei ihm daher zu erwidern, dass diese Freiheiten seiner Bestrafung wegen der unerlaubten Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG nicht entgegenstünden, weil für die Bedingung und die Modalitäten der Beschäftigung eines Arbeitnehmers nicht die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit, sondern die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Betracht komme. Diese Freizügigkeit des Arbeitnehmers sei jedoch zum Tatzeitpunkt hinsichtlich ungarischer Staatsangehöriger weder europarechtlich noch innerstaatlich verwirklicht gewesen. Da der Beschwerdeführer es unterlassen habe, eine Beschäftigungsbewilligung zu erwirken, habe er gegen § 3 Abs. 1 AuslBG verstoßen, womit der objektive Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a leg. cit. verwirklicht worden sei. Schon die Erstbehörde sei in ihrer rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes nicht von der erwähnten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen. Im Einklang mit dieser Judikatur insbesondere auch zur Frage der Werbemittelverteilung sei daher auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Ausländer unter ähnlichen wirtschaftlichen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer verwendet bzw. tätig geworden sei und zwar aus folgenden Überlegungen: Den dargelegten (abstrakten) Vertragsbestimmungen des "Rahmenwerkvertrages", deren Merkmale gegen ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen sollten, komme vor dem Hintergrund der tatsächlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen bzw. der festgestellten konkreten Umsetzung des Vertrages für die Beurteilung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Ausländers kein entscheidendes Gewicht zu. Der Beschwerdeführer habe verkannt, dass die Anwendung der Bestimmungen des AuslBG bzw. die Bewilligungspflicht des Paragraph 3, AuslBG allein durch inhaltliche Ausgestaltung der mit einem Ausländer getroffenen schriftlichen Vereinbarung nicht beseitigt werden könne, weil diese Vereinbarung nicht nach dem Wortlaut, sondern nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, erster Satz AuslBG zu beurteilen sei. Maßgeblich für den Beschäftigungsbegriff des AuslBG bzw. die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung sei eben die Verwendung unter bestimmten Umständen. Diese Verwendung könne auch unter Umständen erfolgen, denen kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Ausländer und der Person, die den Ausländer verwende, zugrunde liege. Ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Werkvertrages sei es, dass ein "Werk", somit ein bestimmter Erfolg, geschuldet werde. Umfasse der Auftrag des Unternehmens des Beschwerdeführers an den Ausländer "die Verteilung von Werbe- und Informationsmaterial", so sei auch wenn bei der Übernahme des Werbematerials ein bestimmter Rayon vereinbart und ein Verteilungstermin vorgegeben werde, nicht die Herstellung eines bestimmten Erfolges (Werkes) durch den Ausländer im Vordergrund gestanden, sondern die Bereitstellung der Arbeitskraft des Ausländers zur Verteilung von Werbematerial. Dafür spreche auch, dass sowohl der Beschwerdeführer als auch der Zeuge N. angegeben hätten, dass im Hinblick auf inländische Verteiler nicht kontrolliert worden sei, ob diese den Gewerbeschein hätten, obwohl nach den übereinstimmenden Aussagen keine Unterschiede in der Verteiltätigkeit vorgelegen seien. Nach der glaubwürdigen Angabe des Zeugen N. müsse sich ein Verteiler zunächst (allenfalls täglich) bei der Firma des Beschwerdeführers einfinden, um mit der konkreten Verteilung von Werbezetteln beauftragt zu werden. Dass die Verteilung einer bestimmten Anzahl von Prospekten in einem vorgegebenen Verteilungsgebiet innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erfolgen müsse, habe der Beschwerdeführer damit begründet, dass seine Firma die Verpflichtung übernommen habe, eine von vornherein vereinbarte bestimmte Anzahl von Prospekten innerhalb des vom Kunden gewünschten und vorgegebenen Verteilungsgebietes zu verteilen. Gerade unter Bedachtnahme auf diese vom Beschwerdeführer selbst dargelegten Umstände sei der Hinweis im Rahmenwerkvertrag (Punkt 1), der Auftragnehmer sei hinsichtlich Zeiteinteilung, Dauer und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes an keinerlei Weisungen gebunden, nicht wirklich nachvollziehbar und solle offenbar den Eindruck erwecken, der Verteiler könne seine Arbeit, wann und wie er wolle erledigen. Dem stehe jedoch gegenüber, dass die Zeugen N. und S. übereinstimmend angegeben hätten, dass der Verteiler im städtischen Gebiet 24 Stunden Zeit für die Verteilung gehabt habe. Im Übrigen habe auch der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass Werbemittelverteiler kein selbständiges, näher umschriebenes "Werk" herstellten und ihre Verwendung daher grundsätzlich in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erfolge. Für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis spreche auch das zeitlich unbegrenzte Kontrollrecht des Beschwerdeführers, die konkrete Durchführung der Verteilung, das wöchentlich nach einer vorgegebenen Liste ausbezahlte Entgelt, die fehlende Haftung für Schlechterfüllung im Hinblick auf einen bloßen Entgeltentfall bzw. einer Entgeltreduktion bei Mängeln in der Verteilung. Dabei handle es sich um regelmäßig wiederkehrende Leistungen, durch deren Erbringung der Ausländer in seiner Entscheidungsfreiheit auf ein Minimum eingeschränkt sei. Zusammenfassend sei daher davon auszugehen, dass trotz der Bezeichnung des vom Beschwerdeführer vorgelegten und vom ausländischen Verteiler unterschriebenen Rahmenwerkvertrages die für eine

arbeitnehmerähnliche Tätigkeit desselben für die F. GmbH sprechenden Elemente überwogen. Es sei also dieses Verhältnis gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG als Beschäftigung im Sinne dieses Gesetzes anzusehen, wobei die F. GmbH gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Litera a, AuslBG dem Arbeitgeber gleichzuhalten sei. Insoweit sich der Beschwerdeführer auf das europarechtliche Freizügigkeitsrecht des Ausländers berufe, sei ihm zu erwidern, dass nach dem Übergangsrecht zum Beitrittsvertrag mit den neuen Mitgliedstaaten die Artikel 39 und 49 Absatz eins, EG-Vertrag hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit zwischen der Republik Österreich und der Republik Ungarn nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nr. 2 bis 14 in den Anhängen zu den Beitrittsverträgen gälten. In Umsetzung dieser Übergangsbestimmungen habe der nationale Gesetzgeber hinsichtlich der Freizügigkeit Paragraph 32 a, AuslBG erlassen. Eine Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit durch den ungarischen Staatsangehörigen sei weiters nur dann möglich, wenn tatsächlich eine selbständige Beschäftigung vorliege, was bei völlig untergeordneten und unwesentlichen Tätigkeiten nicht angenommen werden könne (es folgt ein wörtliches Zitat aus dem Urteil des EuGH vom 20. November 2001, C-268/99 (Jany)). Insoweit der Beschwerdeführer sich darauf berufe, es bestehe für ungarische Staatsangehörige Niederlassungsfreiheit bzw. Dienstleistungsfreiheit sei ihm daher zu erwidern, dass diese Freiheiten seiner Bestrafung wegen der unerlaubten Beschäftigung eines Ausländers gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG nicht entgegenstünden, weil für die Bedingung und die Modalitäten der Beschäftigung eines Arbeitnehmers nicht die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit, sondern die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Betracht komme. Diese Freizügigkeit des Arbeitnehmers sei jedoch zum Tatzeitpunkt hinsichtlich ungarischer Staatsangehöriger weder europarechtlich noch innerstaatlich verwirklicht gewesen. Da der Beschwerdeführer es unterlassen habe, eine Beschäftigungsbewilligung zu erwirken, habe er gegen Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG verstoßen, womit der objektive Tatbestand des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, leg. cit. verwirklicht worden sei.

Zum Verschulden führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, auch die irrige Gesetzesauslegung könne ein Rechtsirrtum sein, die den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermöge, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden könne, dass sie unverschuldet gewesen sei und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht habe einsehen können. Die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer - allenfalls sogar plausiblen -

Rechtsauffassung allein vermöge ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedürfe bei der Einhaltung der am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Wer dies verabsäume, trage das Risiko des Rechtsirrtums. Es bestehe für den Arbeitgeber die Verpflichtung, sich unter anderem auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestünden über den Inhalt der Verwaltungsvorschriften Zweifel, dann sei der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Wenn er dies unterlasse, so vermöge ihn die Unkenntnis der Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit herrsche, berechtige jedenfalls nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigste Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen. Ein Arbeitgeber sei nicht schon dadurch von seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG betreffend die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG entbunden, wenn er die verbotene Tat über Ratschlag seiner Interessensvertretung begehe, solange er nicht darlege, dass die ihm wie im vorliegenden Fall unterstellte Umgehungsabsicht nach dem klaren Wortlaut der Anfrage bzw. des erbetenen Rates nicht beabsichtigt gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe im gesamten Verwaltungsstrafverfahren niemals behauptet, dass er auch nur den Versuch unternommen hätte, etwa für einen ausländischen Staatsangehörigen eine Beschäftigungsbewilligung als Werbezettelverteiler zu bekommen, um diesen dann auch zu dessen sozialversicherungsrechtlicher Absicherung z.B. bei einem Unfall oder Krankheit bei der Sozialversicherung anzumelden. Vielmehr gehe sein Bemühen ausschließlich in die Richtung, eine Rahmenwerkvertragskonstruktion zu suchen, um den (auch mit Kosten verbundenen) öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommen zu müssen. Dass der Beschwerdeführer bei der zuständigen Behörde Auskünfte eingeholt habe, behaupte er selber nicht. Er vermöge auch nicht darzutun, warum er die bereits 1993 und 1994 ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, insbesondere zur Verwendung von Ausländern als Werbemittelverteiler, nicht berücksichtigt habe. Der Beschwerdeführer verharre daher in einer unrichtigen Rechtsauffassung. Auch sei daran zu erinnern, dass weder einem Bundesminister noch einer Interessenvertretung, wie etwa der Wirtschaftskammer oder dem Gewerkschaftsbund, die Zuständigkeit oder Befugnis zukomme, Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesetzes zugunsten eines konkreten Arbeitgebers oder bestimmter Gruppen von

Arbeitgebern anzuordnen, zuzusagen oder die Übertretung des AuslBG für tolerierbar zu erklären. Für die Beurteilung des Verschuldens des Beschwerdeführers sei es ohne Belang, ob in anderen Fällen oder gegenüber anderen Normadressaten Verstöße gegen Bestimmungen des AuslBG toleriert worden seien oder nicht. Rechtsauffassung allein vermöge ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedürfe bei der Einhaltung der am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Wer dies verabsäume, trage das Risiko des Rechtsirrtums. Es bestehe für den Arbeitgeber die Verpflichtung, sich unter anderem auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestünden über den Inhalt der Verwaltungsvorschriften Zweifel, dann sei der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Wenn er dies unterlasse, so vermöge ihn die Unkenntnis der Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit herrsche, berechtere jedenfalls nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigste Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen. Ein Arbeitgeber sei nicht schon dadurch von seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG betreffend die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG entbunden, wenn er die verbotene Tat über Ratschlag seiner Interessensvertretung begehe, solange er nicht darlege, dass die ihm wie im vorliegenden Fall unterstellte Umgehungsabsicht nach dem klaren Wortlaut der Anfrage bzw. des erbetenen Rates nicht beabsichtigt gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe im gesamten Verwaltungsstrafverfahren niemals behauptet, dass er auch nur den Versuch unternommen hätte, etwa für einen ausländischen Staatsangehörigen eine Beschäftigungsbewilligung als Werbezettelverteiler zu bekommen, um diesen dann auch zu dessen sozialversicherungsrechtlicher Absicherung z.B. bei einem Unfall oder Krankheit bei der Sozialversicherung anzumelden. Vielmehr gehe sein Bemühen ausschließlich in die Richtung, eine Rahmenwerkvertragskonstruktion zu suchen, um den (auch mit Kosten verbundenen) öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommen zu müssen. Dass der Beschwerdeführer bei der zuständigen Behörde Auskünfte eingeholt habe, behaupte er selber nicht. Er vermöge auch nicht darzutun, warum er die bereits 1993 und 1994 ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, insbesondere zur Verwendung von Ausländern als Werbemittelverteiler, nicht berücksichtigt habe. Der Beschwerdeführer verharre daher in einer unrichtigen Rechtsauffassung. Auch sei daran zu erinnern, dass weder einem Bundesminister noch einer Interessenvertretung, wie etwa der Wirtschaftskammer oder dem Gewerkschaftsbund, die Zuständigkeit oder Befugnis zukomme, Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesetzes zugunsten eines konkreten Arbeitgebers oder bestimmter Gruppen von Arbeitgebern anzuordnen, zuzusagen oder die Übertretung des AuslBG für tolerierbar zu erklären. Für die Beurteilung des Verschuldens des Beschwerdeführers sei es ohne Belang, ob in anderen Fällen oder gegenüber anderen Normadressaten Verstöße gegen Bestimmungen des AuslBG toleriert worden seien oder nicht.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungserwägungen dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

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

Der Beschwerdeführer erstattete zur Gegenschrift unaufgefordert eine Replik.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der im gegenständlichen Fall maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 133/2003, gilt als Beschäftigung die Verwendung  
Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975, in der im gegenständlichen Fall maßgeblichen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 2003,, gilt als Beschäftigung die Verwendung

1. a) Litera a  
in einem Arbeitsverhältnis,
2. b) Litera b  
in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5, c) in einem

Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach Paragraph 3, Absatz 5,,

1. d)Litera d

nach den Bestimmungen des § 18 odemach den Bestimmungen des Paragraph 18, oder

2. e)Litera e

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes,

BGBI. Nr. 196/1988.überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Paragraph 3, Absatz 4, des

Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,.

Nach Abs. 3 dieser Gesetzesbestimmung sind den Arbeitgebern gleichzuhaltenNach Absatz 3, dieser

Gesetzesbestimmung sind den Arbeitgebern gleichzuhalten

a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, a) in den Fällen des Absatz 2, Litera b, die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter, b) in den Fällen des Absatz 2, Litera c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht Litera d, gilt, oder der Veranstalter,

c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und c) in den Fällen des Absatz 2, Litera e, auch der Beschäftiger im Sinne des Paragraph 3, Absatz 3, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und

d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 bis 16 auszustellen ist. d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des Paragraph 18, Absatz 12 bis 16 auszustellen ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2002 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 126 aus 2002, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2004 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 25 000 Euro.Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 28 aus 2004, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen Paragraph 3, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (Paragraphen 4 und 4 c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (Paragraph 12,) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (Paragraph 3, Absatz 5,) oder eine Arbeitserlaubnis (Paragraph 14 a,) oder ein Befreiungsschein (Paragraphen 15 und 4 c) oder Niederlassungsnachweis (Paragraph 24, FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis

zu 25 000 Euro.

Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit macht der Beschwerdeführer zunächst geltend, die belangte Behörde habe unberücksichtigt gelassen, dass der Ausländer als Werbemittelverteiler eine entsprechende Gewerbeberechtigung vorgelegt habe und nach § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG als Beschäftigung die Verwendungen aber einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nur dann gelte, wenn nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften die Tätigkeit ausgeübt werde. Genau dies sei aber der Fall gewesen. Durch die genannte Einschränkung in § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG werde deutlich, dass der Gesetzgeber die Anwendung des AuslBG nicht auf arbeitnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse habe erstrecken wollen, die auf Grund einer Gewerbeberechtigung ausgeübt werden. Die belangte Behörde hätte somit trotz des von ihr angenommenen Vorliegens eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auf Grund der genannten Einschränkungen in § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG zum Schluss kommen müssen, dass die Tätigkeit des Ausländers auf Grund einer aufrechten Gewerbeberechtigung somit auf Grund gewerberechtlicher Vorschriften ausgeübt worden sei. Eine andere Betrachtungsweise sei nur gerechtfertigt, wenn offensichtlich ein Umgehungsgeschäft vorliege. Bei richtiger Anwendung des § 2 Abs. 2 AuslBG hätte die belangte Behörde sohin zum Schluss kommen müssen, dass keine Beschäftigung vorgelegen sei. Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit macht der Beschwerdeführer zunächst geltend, die belangte Behörde habe unberücksichtigt gelassen, dass der Ausländer als Werbemittelverteiler eine entsprechende Gewerbeberechtigung vorgelegt habe und nach Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG als Beschäftigung die Verwendungen aber einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nur dann gelte, wenn nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften die Tätigkeit ausgeübt werde. Genau dies sei aber der Fall gewesen. Durch die genannte Einschränkung in Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG werde deutlich, dass der Gesetzgeber die Anwendung des AuslBG nicht auf arbeitnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse habe erstrecken wollen, die auf Grund einer Gewerbeberechtigung ausgeübt werden. Die belangte Behörde hätte somit trotz des von ihr angenommenen Vorliegens eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auf Grund der genannten Einschränkungen in Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG zum Schluss kommen müssen, dass die Tätigkeit des Ausländers auf Grund einer aufrechten Gewerbeberechtigung somit auf Grund gewerberechtlicher Vorschriften ausgeübt worden sei. Eine andere Betrachtungsweise sei nur gerechtfertigt, wenn offensichtlich ein Umgehungsgeschäft vorliege. Bei richtiger Anwendung des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG hätte die belangte Behörde sohin zum Schluss kommen müssen, dass keine Beschäftigung vorgelegen sei.

Zu Unrecht habe auch die belangte Behörde den vorgelegten Rahmenwerkvertrag zwischen der F. GmbH und dem Ausländer als für die Beantwortung der Frage, ob die Tätigkeit des Werbemittelverteilers als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG anzusehen sei, für unbeachtlich erklärt. Unvollständig sei auch die Ansicht der belangten Behörde, - dies unter Zitierung eines Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes - die Benennung eines Vertrages als "Werkvertrag" allein rechtfertige nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Hätte die belangte Behörde daher die einzelnen Bestimmungen des vorgelegten Rahmenwerkvertrages zwischen der F. GmbH und dem Ausländer im Einzelnen betrachtet, so hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass der Inhalt dieses Vertragswerkes jenem eines Werkvertrages entspreche. Damit sei es unrichtig, dieses Vertragswerk für schlichtweg unbeachtlich zu erklären, weil bei Prüfung der Frage, ob eine selbständige Tätigkeit vorliege oder nicht, alle tatsächlichen Umstände in Betracht gezogen werden müssten, was auch bedeute, dass dieser Rahmenwerkvertrag als einer jener Umstände, auf die es ankomme, mit zu berücksichtigen gewesen wären. Die belangte Behörde hätte daher den Inhalt dieser Vereinbarung bei ihrer Beurteilung der Werbemittelverteilungstätigkeit mit ins Kalkül ziehen müssen und wäre unter Einbeziehung der vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten zum Ergebnis gelangt, dass die Elemente einer selbständigen Tätigkeit überwiegen. Bei richtiger Wertung der von ihr als arbeitnehmerähnlich eingestuften Umstände und der Vereinbarung im Werkvertrag wäre die Behörde zum Ergebnis gelangt, dass keine Beschäftigung im Sinne des AuslBG vorliege, weil nicht nur die schriftlichen Vereinbarungen, sondern auch die tatsächliche Umsetzung dieser Vereinbarung den Wesensgehalt einer wirtschaftlich selbständigen Tätigkeit entsprochen habe. Zu Unrecht habe auch die belangte Behörde den vorgelegten Rahmenwerkvertrag zwischen der F. GmbH und dem Ausländer als für die Beantwortung der Frage, ob die Tätigkeit des Werbemittelverteilers als Beschäftigung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG anzusehen sei, für unbeachtlich erklärt. Unvollständig sei auch die Ansicht der belangten Behörde, - dies unter Zitierung eines Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes - die Benennung eines Vertrages als "Werkvertrag" allein rechtfertige nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Hätte die belangte Behörde daher die einzelnen Bestimmungen des vorgelegten Rahmenwerkvertrages zwischen der F. GmbH und dem Ausländer im Einzelnen

betrachtet, so hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass der Inhalt dieses Vertragswerkes jenem eines Werkvertrages entspreche. Damit sei es unrichtig, dieses Vertragswerk für schlichtweg unbeachtlich zu erklären, weil bei Prüfung der Frage, ob eine selbständige Tätigkeit vorliege oder nicht, alle tatsächlichen Umstände in Betracht gezogen werden müssten, was auch bedeute, dass dieser Rahmenwerkvertrag als einer jener Umstände, auf die es ankomme, mit zu berücksichtigen gewesen wären. Die belangte Behörde hätte daher den Inhalt dieser Vereinbarung bei ihrer Beurteilung der Werbemittelverteilungstätigkeit mit ins Kalkül ziehen müssen und wäre unter Einbeziehung der vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten zum Ergebnis gelangt, dass die Elemente einer selbständigen Tätigkeit überwögen. Bei richtiger Wertung der von ihr als arbeitnehmerähnlich eingestuften Umstände und der Vereinbarung im Werkvertrag wäre die Behörde zum Ergebnis gelangt, dass keine Beschäftigung im Sinne des AuslBG vorliege, weil nicht nur die schriftlichen Vereinbarungen, sondern auch die tatsächliche Umsetzung dieser Vereinbarung den Wesensgehalt einer wirtschaftlich selbständigen Tätigkeit entsprochen habe.

Sie habe auch die im Einzelnen zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnissen aufgestellten Kriterien unrichtig bewertet. So habe es sich bei den festgestellten stichprobenartigen Kontrollen der Verteilertätigkeit in Hinblick auf ihre Vollständigkeit und tatsächliche Durchführung lediglich um die Prüfung einer Werkleistung gehandelt, nicht aber als Indiz für die Arbeitnehmerähnlichkeit. Gegen eine solche spräche auch die freie Wahlmöglichkeit des Verteilungsgebietes und der Route des gegebenen zeitlichen Dispositionsspielraumes. Weder eine Konkurrenzklausel noch ein Stundenlohn seien in dem Rahmenwerkvertrag vorgesehen gewesen. Auch diese Umstände sprächen gegen das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses. Für das Vorliegen von Werkverträgen spreche auch, dass der Ausländer jeweils schriftliche Verteilaufträge erhalten habe und eine Verwendung von Betriebsmitteln der F. GmbH nicht habe festgestellt werden können.

"Disziplinarmaßnahmen" seien nicht festgestellt worden und seien ebenfalls nicht vorgesehen gewesen. Die von der belangten Behörde festgestellte wöchentliche Auszahlung des Entgeltes habe sich aus verwaltungsökonomischen Gründen ergeben, seien aber weder im jeweiligen Verteilauftrag noch im Rahmenwerkvertrag vereinbart gewesen. Eine Begleichung der täglich von den Werbemittelverteilern verrechneten Honorare sei schlicht unwirtschaftlich. Diese Vorgangsweise spreche daher auch nicht eindeutig für eine Arbeitnehmerähnlichkeit. Die Höhe des Entgeltes bestimme der Werbemittelverteiler dadurch selbst, dass er sich die Verteilgebiete aussuchen könne oder auch mehrere Verteilgebiete übernehmen könne. Die belangte Behörde unterläge auch einem Rechtsirrtum, wenn sie aus den Feststellungen, dass der Ausländer im Fall der Schlechterfüllung seines Verteilauftrages keine Haftung für Schäden getroffen habe, sondern er in diesem Fall kein Entgelt erhalten hätte, folgere, dass für ihn die zivilrechtlichen Haftungsnormen nicht gelten. Aus dem Umstand, dass die F. GmbH von Ersatzansprüchen wegen Schlecht- oder Nichterfüllung der Verteilaufträge faktisch nicht Gebrauch gemacht habe, lasse sich nämlich nicht folgern, dass diese Ansprüche nicht bestünden. Auch habe der Ausländer über seine Arbeitskraft selbst disponieren können.

Zusammengefasst bestünden daher die von der belangten Behörde für das Vorliegen einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung sprechenden Umstände nicht, jedenfalls nicht in der Anzahl und Intensität, dass eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG anzunehmen gewesen wäre. Zu Unrecht habe die belangte Behörde auch die Kriterien für eine selbständige Ausübung der Tätigkeit als Werbemittelverteiler gewürdigt wie nämlich die Verwendung eigener Betriebsmittel (Pkw mit ungarischem Kennzeichen), Zulässigkeit der faktischen Vertretung (Subunternehmer), das Fehlen eines Konkurrenzverbotes, die Freiheit in der Verteilmethode und im Arbeitstempo insbesondere das Fehlen einer fixen Zeiteinteilung, das Fehlen einer Berichtspflicht als typisches Element einer arbeitnehmerähnlichen Verwendung, die Vergütung der Leistung nach Rechnungslegung, was insbesondere typisch für Werkverträge sei sowie die sanktionslose Ablehnungsmöglichkeit. Auch hier überwögen die Kriterien für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Sie habe auch die im Einzelnen zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnissen aufgestellten Kriterien unrichtig bewertet. So habe es sich bei den festgestellten stichprobenartigen Kontrollen der Verteilertätigkeit in Hinblick auf ihre Vollständigkeit und tatsächliche Durchführung lediglich um die Prüfung einer Werkleistung gehandelt, nicht aber als Indiz für die Arbeitnehmerähnlichkeit. Gegen eine solche spräche auch die freie Wahlmöglichkeit des Verteilungsgebietes und der Route des gegebenen zeitlichen Dispositionsspielraumes. Weder eine Konkurrenzklausel noch ein Stundenlohn seien in dem Rahmenwerkvertrag vorgesehen gewesen. Auch diese Umstände sprächen gegen das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses. Für das Vorliegen von Werkverträgen spreche auch, dass der Ausländer jeweils schriftliche Verteilaufträge erhalten habe und eine Verwendung von Betriebsmitteln der F. GmbH nicht habe festgestellt werden können.

"Disziplinarmaßnahmen" seien nicht festgestellt worden und seien ebenfalls nicht vorgesehen gewesen. Die von der

belangten Behörde festgestellte wöchentliche Auszahlung des Entgeltes habe sich aus verwaltungsökonomischen Gründen ergeben, seien aber weder im jeweiligen Verteilauftrag noch im Rahmenwerkvertrag vereinbart gewesen. Eine Begleichung der täglich von den Werbemittelverteilern verrechneten Honorare sei schlicht unwirtschaftlich. Diese Vorgangsweise spreche daher auch nicht eindeutig für eine Arbeitnehmerähnlichkeit. Die Höhe des Entgeltes bestimme der Werbemittelverteiler dadurch selbst, dass er sich die Verteilgebiete aussuchen könne oder auch mehrere Verteilgebiete übernehmen könne. Die belangte Behörde unterläge auch einem Rechtsirrtum, wenn sie aus den Feststellungen, dass der Ausländer im Fall der Schlechterfüllung seines Verteilauftrages keine Haftung für Schäden getroffen habe, sondern er in diesem Fall kein Entgelt erhalten hätte, folgere, dass für ihn die zivilrechtlichen Haftungsnormen nicht gelten. Aus dem Umstand, dass die F. GmbH von Ersatzansprüchen wegen Schlecht- oder Nichterfüllung der Verteilaufträge faktisch nicht Gebrauch gemacht habe, lasse sich nämlich nicht folgern, dass diese Ansprüche nicht bestünden. Auch habe der Ausländer über seine Arbeitskraft selbst disponieren können. Zusammengefasst bestünden daher die von der belangten Behörde für das Vorliegen einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung sprechenden Umstände nicht, jedenfalls nicht in der Anzahl und Intensität, dass eine Beschäftigung im Sinn des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG anzunehmen gewesen wäre. Zu Unrecht habe die belangte Behörde auch die Kriterien für eine selbständige Ausübung der Tätigkeit als Werbemittelverteiler gewürdigt wie nämlich die Verwendung eigener Betriebsmittel (Pkw mit ungarischem Kennzeichen), Zulässigkeit der faktischen Vertretung (Subunternehmer), das Fehlen eines Konkurrenzverbotes, die Freiheit in der Verteilmethode und im Arbeitstempo insbesondere das Fehlen einer fixen Zeiteinteilung, das Fehlen einer Berichtspflicht als typisches Element einer arbeitnehmerähnlichen Verwendung, die Vergütung der Leistung nach Rechnungslegung, was insbesondere typisch für Werkverträge sei sowie die sanktionslose Ablehnungsmöglichkeit. Auch hier überwögen die Kriterien für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit.

Qualifiziere man die Werbemittelverteilung als selbständige Tätigkeit, so bilde sie ein freies Gewerbe. Der Ausländer genieße als ungarischer Staatsangehöriger die Dienstleistungsfreiheit der Art. 49 ff EG-Vertrag. Die Verteilung von Prospekten gehöre einem europarechtlich liberalisierten Sektor an, in welchem Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit unzulässig seien. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit seien europarechtlich garantiert. Daher sei auch die europarechtliche Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit heranzuziehen, wobei die Frage der wirtschaftlichen Unselbständigkeit kein unterscheidungsfähiges Merkmal darstelle. Es komme für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses allein auf die Unterordnung und Weisungsgebundenheit an. Die belangte Behörde hätte daher zum Ergebnis kommen müssen, dass auch in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung keine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliege. Wollte der Verwaltungsgerichtshof dieser Auffassung nicht folgen, so werde die Vorlage eines Entscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft angeregt. Qualifiziere man die Werbemittelverteilung als selbständige Tätigkeit, so bilde sie ein freies Gewerbe. Der Ausländer genieße als ungarischer Staatsangehöriger die Dienstleistungsfreiheit der Artikel 49, ff EG-Vertrag. Die Verteilung von Prospekten gehöre einem europarechtlich liberalisierten Sektor an, in welchem Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit unzulässig seien. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit seien europarechtlich garantiert. Daher sei auch die europarechtliche Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit heranzuziehen, wobei die Frage der wirtschaftlichen Unselbständigkeit kein unterscheidungsfähiges Merkmal darstelle. Es komme für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses allein auf die Unterordnung und Weisungsgebundenheit an. Die belangte Behörde hätte daher zum Ergebnis kommen müssen, dass auch in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung keine Beschäftigung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG vorliege. Wollte der Verwaltungsgerichtshof dieser Auffassung nicht folgen, so werde die Vorlage eines Entscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft angeregt.

Die belangte Behörde habe auch das Verschulden zu Unrecht angenommen. Im Tatzeitpunkt sei die Einschränkung des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG noch in Kraft gestanden, dass diese Einschränkung erst mit der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005 gestrichen worden sei, habe der Beschwerdeführer nicht voraussehen können. Er sei daher von der Rechtmäßigkeit seines Handelns überzeugt gewesen. Damit habe er aber einen Verschuldensausschlussgrund im Sinne des § 5 Abs. 2 VStG wegen Vertretbarkeit seiner Rechtsansicht geltend gemacht. Die belangte Behörde habe auch das Verschulden zu Unrecht angenommen. Im Tatzeitpunkt sei die Einschränkung des Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG noch in Kraft gestanden, dass diese Einschränkung erst mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 101 aus 2005, gestrichen worden sei, habe der Beschwerdeführer nicht voraussehen können. Er sei daher von der Rechtmäßigkeit seines Handelns überzeugt gewesen. Damit habe er aber einen Verschuldensausschlussgrund im

Sinne des Paragraph 5, Absatz 2, VStG wegen Vertretbarkeit seiner Rechtsansicht geltend gemacht.

Im Übrigen sei auch die Strafzumessung rechtswidrig, weil vorhandene Milderungsgründe zu Unrecht als nicht vorliegend erachtet worden seien, insbesondere jene des § 34 Abs. 1 Z. 11 und 12 StGB, denen kein Erschwerungsgrund gegenüber gestellt worden sei, was zumindest die Anwendung der §§ 20 und 21 VStG gerechtfertigt hätte. Im Übrigen sei auch die Strafzumessung rechtswidrig, weil vorhandene Milderungsgründe zu Unrecht als nicht vorliegend erachtet worden seien, insbesondere jene des Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 11 und 12 StGB, denen kein Erschwerungsgrund gegenüber gestellt worden sei, was zumindest die Anwendung der Paragraphen 20 und 21 VStG gerechtfertigt hätte.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt der Beschwerdeführer, die Feststellung der belangten Behörde sei aktenwidrig, der Ausländer habe täglich für die GmbH gearbeitet. Angegeben habe dieser vielmehr, er sei nur drei bis vier Tage in der Woche für die F. GmbH tätig, was auch der Zeuge N. bestätigt habe insofern, als er angegeben habe, dass nicht alle Verteiler regelmäßig von Montag bis Freitag arbeiteten. Bei aktenmäßiger Feststellung wäre die Behörde zum Ergebnis gelangt, dass durch die geringe zeitliche Inanspruchnahme des Ausländers keine organisatorische Eingliederung in die F. GmbH erfolgt sei. Dieser Umstand spreche auch gegen das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses bzw. einer regelmäßig wiederkehrenden Leistung. Im Übrigen fehlten Feststellungen über die Verteilmethode und das Arbeitstempo des Ausländers. Diese Feststellungen seien aber wesentlich, weil Selbständigkeit nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dann vorliege, wenn der Unternehmer innerhalb des vom Auftraggeber vorgegebenen Zeitrahmens frei disponieren könne. Ebenso fehle die Feststellung, dass pro Verteilauftrag ein selbständiger Vertrag vereinbart worden sei. Die Behörde habe nur die Feststellung getroffen, dass der Ausländer seine Tätigkeit auf Grund eines Verteilauftrages erfüllt habe. Aus den Angaben des Zeugen N. ergebe sich aber, dass neben dem einmal unterzeichneten Rahmenwerkvertrag für den konkreten Auftrag ein weiterer Verteilauftrag abgeschlossen worden sei. Diese Feststellung sei wesentlich, weil sich daraus ergebe, dass der Werbemittelverteiler individualisierte Verpflichtungen in Gestalt von Werkverträgen übernommen habe und nicht seiner Arbeitsleistung auf unbestimmte Zeit zur Verfügung gestellt habe. Ferner fehle die Feststellung, dass im Falle der Nichtannahme von Verteilaufträgen auch keine Nachteile für die zukünftige Beauftragung zu befürchten gewesen sei. Diese Feststellung sei wesentlich, weil die Sanktionierung der Ablehnungsmöglichkeit für das Bestehen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses gesprochen hätte. Auch fehle die weitere Feststellung, dass der Ausländer zur Erfüllung seiner Verteilaufträge, nämlich seinen Pkw mit ungarischem Kennzeichen, selbst zur Verfügung gestellt habe. Dieser Umstand spreche nämlich für die selbständige Ausübung einer Tätigkeit. Aus den gleichen Erwägungen hätte die belangte Behörde auch feststellen müssen, dass die Heranziehung von Subunternehmen zur Erfüllung der übernommenen Aufträge gestattet gewesen sei und solche auch tatsächlich verwendet worden seien. Auch das fehlende Konkurrenzverbot hätte die belangte Behörde ebenso feststellen müssen, wie die Tatsache, dass der Ausländer über eine österreichische Gewerbeberechtigung als Werbemittelverteiler im Tatzeitpunkt verfügt habe.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Es trifft zwar zu, dass der Ausländer in dem von ihm anlässlich der Kontrolle ausgefüllten Erhebungsbogen unter der Rubrik "Arbeitszeit" lediglich "6-8 H" angegeben hatte, so dass die Feststellung der belangten Behörde, der Ausländer habe "täglich" diese Arbeitsstundenanzahl erbracht mit diesem Beweismittel in Widerspruch steht. Ob der Ausländer aber regelmäßig - und dies ist unbestritten - "täglich" oder nur an drei oder vier Wochentagen für die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft tätig wurde, ist für die Beurteilung seiner Arbeitnehmerähnlichkeit ohne Belang. Ebenso irrelevant ist der gerügte Mangel an Feststellungen über Arbeitsmethode und -tempo des Ausländers, weil es darauf im Hinblick auf die bereits von der belangten Behörde zutreffend dargelegten Kriterien für die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses ebenso wenig ankommt, wie auf die Freiwilligkeit der Übernahme der einzelnen Verteilaufträge, allfälliger sanktionsloser Ablehnungsmöglichkeiten, das Fehlen eines vertraglich festgelegten Konkurrenzverbotes und die Verwendung des eigenen PKW zur Anfahrt in den gewählten Verteilerbezirk.

Vielmehr hat der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung bereits wiederholt die maßgeblichen Grundsätze für die Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit klargestellt und auch zur Werbemittelverteilung und der Verwendung von Ausländern als Werbemittelverteiler eindeutig Stellung genommen. Es genügt daher -

zur Vermeidung von Wiederholungen - gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf die Begründung dieser Entscheidungen zu verweisen (vgl. etwa die bereits im hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195, genannten hg. Erkenntnisse vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, jeweils vom 15. Dezember 1994, Zl. 94/09/0085,

Zl. 94/09/0091, Zl. 94/09/0092, sowie Zl. 94/09/0093, vom 3. September 1998, Zl. 95/09/0172, vom 27. Oktober 1999, Zlen. 98/09/0031 bis 0036, vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153, und vom 27. Februar 2003, Zl. 2000/09/0058, zuletzt auch vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0105). Gegen die oben wiedergegebene Bewertung der einzelnen für und wider das Vorliegen der Arbeitnehmerähnlichkeit sprechenden Kriterien durch die belangte Behörde ergeben sich gerade im Hinblick auf die zuvor referierte Judikatur daher keine Bedenken. zur Vermeidung von Wiederholungen - gemäß Paragraph 43, Absatz 2, zweiter Satz VwGG auf die Begründung dieser Entscheidungen zu verweisen vergleiche , etwa die bereits im hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195, genannten hg. Erkenntnisse vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, jeweils vom 15. Dezember 1994, Zl. 94/09/0085, Zl. 94/09/0091, Zl. 94/09/0092, sowie Zl. 94/09/0093, vom 3. September 1998, Zl. 95/09/0172, vom 27. Oktober 1999, Zlen. 98/09/0031 bis 0036, vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153, und vom 27. Februar 2003, Zl. 2000/09/0058, zuletzt auch vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0105). Gegen die oben wiedergegebene Bewertung der einzelnen für und wider das Vorliegen der Arbeitnehmerähnlichkeit sprechenden Kriterien durch die belangte Behörde ergeben sich gerade im Hinblick auf die zuvor referierte Judikatur daher keine Bedenken.

Der Beschwerdeführer beruft sich darüber hinaus auf die durch Art. 49f des EG-Vertrages, dem die Republik Ungarn mit Beitrittsvertrag 2003 mit Wirksamkeit vom 1. Mai 2004 beigetreten ist, gewährleistete Dienstleistungsfreiheit und zitiert auch zutreffend die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) wonach als Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 39 EG jede Person anzusehen ist, die tatsächliche und effektive Tätigkeiten ausübt, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Damit geht er aber entgegen der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde von der Selbständigkeit des angetroffenen Ausländers aus, weil nur Selbständige sich auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen können, während Arbeitnehmer aus den neuen Beitrittsländern (u.a. auch Ungarn) den im Tatzeitpunkt zulässigen Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterlagen. Wesentlich ist daher auch unter dem europarechtlichen Aspekt die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im konkreten Fall. Die vom EuGH entwickelten Merkmale selbständiger Tätigkeit (vgl. z.B. die Urteile des EuGH vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C- 151/04 und C-152/04, Nadin u.a., Slg. 2005, I-11203, Randnr. 31, vom 20. November 2001 in der Rechtssache C-268/99, Jany u.a., Slg. 2001, I-08615, Randnr. 34, und vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94, Asscher, Slg. 1996, I-03089), entsprechen aber im Wesentlichen der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im Sinne des AuslBG, wie dies auch der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach betont hat (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163). Im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung des EuGH erweist sich die in der Beschwerde aufgeworfene Frage der Abgrenzung selbständiger von unselbständiger Tätigkeit als ausreichend geklärt, sodass kein Anlass besteht, diesbezüglich ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen. Der Beschwerdeführer beruft sich darüber hinaus auf die durch Artikel 49 f, des EG-Vertrages, dem die Republik Ungarn mit Beitrittsvertrag 2003 mit Wirksamkeit vom 1. Mai 2004 beigetreten ist, gewährleistete Dienstleistungsfreiheit und zitiert auch zutreffend die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) wonach als Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 39 EG jede Person anzusehen ist, die tatsächliche und effektive Tätigkeiten ausübt, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Damit geht er aber entgegen der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde von der Selbständigkeit des angetroffenen Ausländers aus, weil nur Selbständige sich auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen können, während Arbeitnehmer aus den neuen Beitrittsländern (u.a. auch Ungarn) den im Tatzeitpunkt zulässigen Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterlagen. Wesentlich ist daher auch unter dem europarechtlichen Aspekt die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im konkreten Fall. Die vom EuGH entwickelten Merkmale selbständiger Tätigkeit vergleiche , z.B. die Urteile des EuGH vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C- 151/04 und C-152/04, Nadin u.a., Slg. 2005, I-11203, Randnr. 31, vom 20. November 2001 in der Rechtssache C-268/99, Jany u.a., Slg. 2001, I-08615, Randnr. 34, und vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94, Asscher, Slg. 1996, I-03089), entsprechen aber im Wesentlichen der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit im Sinne des AuslBG, wie dies auch der Verwaltungsgerichtshof schon mehrfach betont hat vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163). Im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung des EuGH erweist sich die in der Beschwerde aufgeworfene Frage der Abgrenzung selbständiger von unselbständiger Tätigkeit als ausreichend geklärt, sodass kein Anlass besteht, diesbezüglich ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen.

Ausgehend davon ist die Bindung unselbständiger Tätigkeiten im Inland von Angehörigen der neuen Beitrittsländer an eine Bewilligungspflicht nach der Übergangsbestimmung der Z. 1 der Beitrittsakte betreffend den Beitritt Ungarns zur EU auch unter dem Aspekt der §§ 39f EG-Vertrag zulässig und wirksam. Ausgehend davon ist die Bindung unselbständiger Tätigkeiten im Inland von Angehörigen der neuen Beitrittsländer an eine Bewilligungspflicht nach der Übergangsbestimmung der Ziffer eins, der Beitrittsakte betreffend den Beitritt Ungarns zur EU auch unter dem Aspekt der Paragraphen 39 f, EG-Vertrag zulässig und wirksam.

Geht man von dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt aus, erweisen sich auch die wiederholten Verweise der Beschwerde auf den vorgelegten "Rahmenvertrag" als nicht stichhältig, weil dieser bzw. die in ihm enthaltenen Vertragsbestimmungen, die zugegebenermaßen abstrakt für eine selbständige Tätigkeit sprechen könnten, nicht "gelebt", das heißt tatsächlich nicht in dieser Form in die Praxis umgesetzt wurde. Allein ausschlaggebend ist aber im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt, das heißt die im konkreten Fall tatsächlich geübte Praxis in ihrer Gesamtschau. Diese hat aber die belangte Behörde - wie bereits ausgeführt - richtig rechtlich beurteilt. Geht man von dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt aus, erweisen sich auch die wiederholten Verweise der Beschwerde auf den vorgelegten "Rahmenvertrag" als nicht stichhältig, weil dieser bzw. die in ihm enthaltenen Vertragsbestimmungen, die zugegebenermaßen abstrakt für eine selbständige Tätigkeit sprechen könnten, nicht "gelebt", das heißt tatsächlich nicht in dieser Form in die Praxis umgesetzt wurde. Allein ausschlaggebend ist aber im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt, das heißt die im konkreten Fall tatsächlich geübte Praxis in ihrer Gesamtschau. Diese hat aber die belangte Behörde - wie bereits ausgeführt - richtig rechtlich beurteilt.

Insoweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, der Ausländer sei auf Grund einer ihm im Inland per 15. März 2005 rechtswirksam ausgestellten Gewerbeberechtigung tätig gewesen, was im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG ausdrücklich die Ausnahme von der Bewilligungspflicht auch bei Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bedeute, ist ihm entgegen zu halten, dass der Umstand, dass der Ausländer ein freies Gewerbe angemeldet hat, bei dem zuvor gewonnenen Ergebnis ohne Bedeutung ist, weil es nur auf die Umstände der Ausübung der Tätigkeit ankommt und nicht darauf, ob der Ausländer im Besitz eines Gewerbescheines ist oder nicht (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 16. Oktober 2008, Zl. 2008/09/0232, mwN). Insoweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, der Ausländer sei auf Grund einer ihm im Inland per 15. März 2005 rechtswirksam ausgestellten Gewerbeberechtigung tätig gewesen, was im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG ausdrücklich die Ausnahme von der Bewilligungspflicht auch bei Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bedeute, ist ihm entgegen zu halten, dass der Umstand, dass der Ausländer ein freies Gewerbe angemeldet hat, bei dem zuvor gewonnenen Ergebnis ohne Bedeutung ist, weil es nur auf die Umstände der Ausübung der Tätigkeit ankommt und nicht darauf, ob der Ausländer im Besitz eines Gewerbescheines ist oder nicht vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 16. Oktober 2008, Zl. 2008/09/0232, mwN).

Auch der Einwand des Beschwerdeführers, ihn treffe an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden, vermag nicht zu überzeugen. Die belangte Behörde hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass Übertretungen im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, zu deren Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist, sogenannte Ungehorsamsdelikte darstellen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. Mai 2007, Zl. 2006/09/0086 mwN) bei denen im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Abs. 1 VStG der Täter darzulegen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist. Der Beschwerdeführer hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung zumindest behaupten müssen, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich mit den Normen des AuslBG soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer davon "überzeugt" war, angesichts der Vorlage eines Gewerbescheines durch den Ausländer rechtens zu handeln, reicht im Sinne dieser Rechtsprechung zur Entlastung des Arbeitgebers bzw. des für diesen verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen allein nicht aus, sein mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG darzutun, weil es als notorisch anzusehen ist, dass Ausländer grundsätzlich einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungspflicht unterliegen und der Arbeitgeber, wie hier der Beschwerdeführer, in Zweifelsfällen - sollte er diese als vorliegend erachten - ohne vorherige Erkundigungen bei der zuständigen - und nicht bei irgendeiner - Behörde nicht ohne Weiteres von der für ihn günstigeren Variante ausgehen darf. Dasselbe gilt auch für die Frage, ob sich der Beschwerdeführer zu Recht auf einen - entschuldbaren - Rechtsirrtum im Sinne des § 5 Abs. 2 VStG berufen kann, weil auch nach dieser Bestimmung eine irrige Gesetzesauslegung nur unter der Voraussetzung ein Verschulden ausschließt, wenn nach dem ganzen

Verhalten des Beschuldigten angenommen werden muss, dass sie unverschuldet war und er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Auch der Einwand des Beschwerdeführers, ihn treffe an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden, vermag nicht zu überzeugen. Die belangte Behörde hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass Übertretungen im Sinne des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG, zu deren Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist, sogenannte Ungehorsamsdelikte darstellen vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 24. Mai 2007, Zl. 2006/09/0086 mwN) bei denen im Sinne des zweiten Satzes des Paragraph 5, Absatz eins, VStG der Täter darzulegen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist. Der Beschwerdeführer hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung zumindest behaupten müssen, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich mit den Normen des AuslBG soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer davon "überzeugt" war, angesichts der Vorlage eines Gewerbescheines durch den Ausländer rechtens zu handeln, reicht im Sinne dieser Rechtsprechung zur Entlastung des Arbeitgebers bzw. des für diesen verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen allein nicht aus, sein mangelndes Verschulden im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG darzutun, weil es als notorisch anzusehen ist, dass Ausländer grundsätzlich einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungspflicht unterliegen und der Arbeitgeber, wie hier der Beschwerdeführer, in Zweifelsfällen - sollte er diese als vorliegend erachten - ohne vorherige Erkundigungen bei der zuständigen - und nicht bei irgendeiner - Behörde nicht ohne Weiteres von der für ihn günstigeren Variante ausgehen darf. Dasselbe gilt auch für die Frage, ob sich der Beschwerdeführer zu Recht auf einen - entschuldbaren - Rechtsirrtum im Sinne des Paragraph 5, Absatz 2, VStG berufen kann, weil auch nach dieser Bestimmung eine irrige Gesetzesauslegung nur unter der Voraussetzung ein Verschulden ausschließt, wenn nach dem ganzen Verhalten des Beschuldigten angenommen werden muss, dass sie unverschuldet war und er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte.

Für die Anwendbarkeit der §§ 20 und 21 VStG gibt es daher auch unter Berücksichtigung der in der Beschwerde ins Treffen geführten Milderungsgründe des § 34 Z. 11 und 12 StGB mangels Vorliegens der dort umschriebenen Voraussetzungen keine Anhaltspunkte, zumal der Schuldgehalt des Beschwerdeführers von jenem in zahlreichen vergleichbaren Fällen der Übertretung der §§ 3 Abs. 1, 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG zugrundeliegenden nicht erkennbar abweicht. Für die Anwendbarkeit der Paragraphen 20 und 21 VStG gibt es daher auch unter Berücksichtigung der in der Beschwerde ins Treffen geführten Milderungsgründe des Paragraph 34, Ziffer 11 und 12 StGB mangels Vorliegens der dort umschriebenen Voraussetzungen keine Anhaltspunkte, zumal der Schuldgehalt des Beschwerdeführers von jenem in zahlreichen vergleichbaren Fällen der Übertretung der Paragraphen 3, Absatz eins, 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG zugrundeliegenden nicht erkennbar abweicht.

Im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. September 2007, G 24/07 ua - G41/07 ua, Slg. 18219, in welchem der Verfassungsgerichtshof die vom Verwaltungsgerichtshof geäußerten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG nicht teilte, erübrigt sich auch, der Anregung auf Anfechtung dieser Bestimmung näher zu treten. Im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. September 2007, G 24/07 ua - G41/07 ua, Slg. 18219, in welchem der Verfassungsgerichtshof die vom Verwaltungsgerichtshof geäußerten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG nicht teilte, erübrigt sich auch, der Anregung auf Anfechtung dieser Bestimmung näher zu treten.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte im Hinblick auf § 39 Abs. 1 Z. 6 VwGG Abstand genommen werden. Der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2008, Zl. 2008/09/0281). Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte im Hinblick auf Paragraph 39, Absatz eins, Ziffer 6, VwGG Abstand genommen werden. Der Anforderung des Artikel 6, Absatz eins, EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 20. November 2008, Zl. 2008/09/0281). Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung BGBl. II Nr. 455/2008, insbesondere deren § 3 Abs. 2. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,, insbesondere deren Paragraph 3, Absatz 2,

Wien, am 15. Mai 2009

**Gerichtsentscheidung**

EuGH 61994J0107 Asscher VORAB

EuGH 61999J0268 Aldona Malgorzata Jany VORAB

EuGH 62004J0151 Nadin VORAB

**Schlagworte**

Verantwortung für Handeln anderer Personen Besondere Rechtsgebiete Arbeitsrecht Arbeiterschutz

Gemeinschaftsrecht Terminologie Definition von Begriffen EURallg8

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2009:2007090168.X00

**Im RIS seit**

15.06.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

05.03.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

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