

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/12/16 2008/09/0105

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.12.2008

## **Index**

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## **Norm**

ABGB §1151;  
AuslBG §2 Abs2 litb;  
AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §3 Abs1;  
AuslBG §3;

## **Beachte**

Serie (erledigt im gleichen Sinn):2008/09/0291 E 16. Dezember 2008

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des Mag. M M in W, vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Kaiser-Franz-Josef Kai 70, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 2. November 2006, Zl. VwSen-251373/25/Lg/RSt, betreffend Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

I. Mit dem - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 2. November 2006 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er sei als im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG verantwortlicher Beauftragter der R. GmbH

mit Sitz in W. dafür verantwortlich, dass diese Gesellschaft eine näher genannte Staatsangehörige aus Ghana und eine näher genannte Staatsangehörige aus Togo am 28. August 2005, entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG als "Zeitungszustellerinnen und als Werbemittelverteilerinnen" beschäftigt habe.

Über den Beschwerdeführer wurden nach dem ersten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG unter Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts gemäß § 20 VStG zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 34 Stunden) verhängt.

In der Begründung dazu führte die belangte Behörde - nach ausführlicher Darstellung des Verfahrensganges und neben Zitierung der von ihr als maßgebend erachteten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - im Wesentlichen aus (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof; Schreibfehler im Original):

Beide in diesem Fall betroffenen Ausländerinnen seien auf Grund des selben Rahmenwerkvertrags tätig gewesen, dessen Inhalt - nach dem vorgelegten "Rahmenwerkvertragsmuster" - wie folgt gelautet habe:

"Rahmenwerkvertrag

abgeschlossen zwischen der

R. GmbH ...,

im folgenden kurz 'Auftraggeberin' genannt,

einerseits

und

Herrn/Frau ...

im folgenden kurz 'Auftragnehmer' genannt,

andererseits,

wie folgt:

1. Präambel

1.1. Herr/Frau ... beabsichtigt, für die

Auftraggeberin aufgrund gewerberechtlicher Vorschriften

als selbständiger Werbemittelverteiler und Zusteller von

Zeitungen und anderen Produkten tätig zu werden ('neuer

Selbständiger').

1.2. Gegenstand des Unternehmens der Auftraggeberin

ist die Verteilung bzw. Zustellung von Werbe- und

Informationsmaterial sowie von adressierten und

unadressierten Zeitungen, Zeitschriften und sonstigen Produkten

(kurz zuzustellende Produkte genannt) direkt an Haushalte

zum festgesetzten Termin in einem vereinbarten

Verteilungsgebiet. Um die Aufträge der Kunden der

Auftraggeberin zu erfüllen, vergibt diese jeweils projektbezogen

eine bestimmte Anzahl von Verteilungsaufträgen an

Subunternehmer. Diese Aufträge an Subunternehmer werden

nach Ort und Umfang des Auftrages sowie unter Bedachtnahme

auf den Abschlusszeitpunkt verteilt.

1.3. Die Auftraggeberin und der Auftragnehmer

schließen dazu nachstehende Rahmenvereinbarung für die jeweiligen nach Maßgabe der geschäftlichen Möglichkeiten zustande gekommenen einzelnen Verteilungsaufträge.

## 2. Leistungserbringung

2.1. Weder ist die Auftraggeberin verpflichtet, den Auftragnehmer mit einem Auftrag zu betrauen, noch ist der Auftragnehmer verpflichtet, einen von der Auftraggeberin angebotenen Auftrag anzunehmen oder zu erfüllen.

2.2. Der Auftragnehmer übernimmt jeweils für ein von ihm akzeptiertes Verteilungsgebiet die zuzustellenden Produkte zur Verteilung. Der Auftragnehmer ist bei der Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit in Zeiteinteilung, Dauer und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes an keinerlei Weisungen der Auftraggeberin gebunden. Der Auftragnehmer ist an keine Arbeitszeitvorgaben gebunden, sondern kann frei darüber entscheiden, zu welchen Zeiten er die Aufträge (Werke) erfüllt. Der Auftragnehmer hat nur den Auftrag (das Werk) zum vereinbarten Abschlusszeitpunkt zu vollenden.

2.3. Der Auftragnehmer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Verteilungsleistung persönlich zu erbringen, sondern berechtigt, sich jederzeit ohne vorherige Rücksprache mit der Auftraggeberin, geeigneter Vertreter oder Gehilfen zu bedienen. Aus administrativen Gründen hat der Auftragnehmer die Tatsache der Vertretung und der Person(en) des/der Vertreter(s) mitzuteilen; sollte sich der Auftragnehmer nur helfen lassen, ist dies nicht notwendig. Für den Fall, dass sich der Auftragnehmer bei der Erbringung der vereinbarten Verteilungsleistung zur Gänze oder auch teilweise einer Vertretung oder eines Gehilfen bedient, entsteht zwischen diesem Dritten und der Auftraggeberin kein wie immer geartetes Vertragsverhältnis. Die Honorierung des Vertreters bzw. des Helfers erfolgt ausschließlich durch den Auftragnehmer entsprechend dem zwischen diesem und seiner Vertretungseinem Helfer zu vereinbarenden Bedingungen. Einen Vergütungsanspruch hat ausschließlich der Auftragnehmer gegenüber der Auftraggeberin. Der Auftragnehmer haftet der

Auftraggeberin jedoch für die Einhaltung aller im Zusammenhang mit der Erbringung seiner Tätigkeit maßgebenden gesetzlichen Vorschriften auch durch seine Vertretung oder Helfer, insbesondere für das Vorliegen sämtlicher, nach öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, insbesondere nach fremdenrechtlichen Bestimmungen allenfalls erforderlichen Bewilligungen und hält die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang vollkommen schad- und klaglos.

Für das Zuwiderhandeln gegen die getroffenen Vereinbarungen und in der Folge entstehende Reklamationen wird einvernehmlich eine pauschale, nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe im Ausmaß von mindestens EUR 500,- vereinbart.

### 3. Honorierung

3.1. Die Honorierung der Verteilung ist in einem Beiblatt zu diesem Vertrag schriftlich festgehalten.

3.2. Das Honorar ist gegen Legung einer entsprechenden Rechnung auf ein von Auftragnehmer der Auftraggeberin namhaft zu machendes Konto zu überweisen.

### 4. Arbeitshilfen, Betriebsmittel

4.1. Der Auftragnehmer hat selbst und auf eigene Rechnung für die zur Erfüllung seines Auftrages erforderlichen Betriebs- und Hilfsmittel zu sorgen und sämtliche Spesen und Ausgaben im Rahmen der Verteilung (Telefonkosten, etc.) selbst zu tragen.

### 5. Konkurrenzklause

5.1. Der Auftragnehmer unterliegt keinem wie immer gearteten Konkurrenzverbot. Er kann während seiner Tätigkeit für die Auftraggeberin auch für andere Werbemittelverteilungsunternehmen, selbst im gleichen Verteilungsgebiet, tätig sein und jede sonstige Tätigkeit parallel dazu ausführen. Diese Tätigkeiten dürfen allerdings berechtigten Interessen aus den Vereinbarungen, welche die Auftraggeberin mit ihren Kunden getroffen hat, nicht zuwiderlaufen.

### 6. Leistungsstörungen, Haftung

6.1. Die Auftraggeberin ist zum Zwecke der Feststellung der Einhaltung der Auftragsvorgaben (Zustellungsgenauigkeit, Gebietsvereinbarung, Beachtung von Hinweisen der Unerwünschtheit von Prospektverteilung, kein Ablegen der Prospekte vor Wohnung/Haustür, u.ä.) und zum Zwecke der Möglichkeit der rechtzeitigen Ergreifung

erforderlicher vertragsgemäßer Rechtsbehelfe berechtigt, sich in angemessenen Abständen und in angemessener Weise von der vertragskonformen Durchführung der Verteilungsleistung zu überzeugen. Überprüft wird nur die erbrachte Werkleistung, nicht die Person; der Auftragnehmer ist daher der Auftraggeberin nicht disziplinär unterstellt.

6.2. Der Auftragnehmer haftet der Auftraggeberin für sämtliche durch unkorrekte Leistungserbringung entstehende Schäden oder Nachteile.

## 7. Steuern/Abgaben

7.1. Der Auftragnehmer erbringt die vereinbarten Verteilungsleistungen ausschließlich im Rahmen eines Werkvertrages. Durch diesen Rahmenvertrag wird weder ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis noch ein freies Dienstverhältnis begründet.

Der Auftragnehmer nimmt zur Kenntnis, dass er als 'neuer Selbständiger' der Sozialversicherungspflicht nach GSVG unterliegt und er sein Auftragsverhältnis bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft zu melden hat.

7.2. Der Auftragnehmer hat selbst für die Einhaltung und Erfüllung aller im Zusammenhang mit der Erbringung seiner Tätigkeit maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere der nach gewerberechtlichen und fremdenrechtlichen allenfalls erforderlichen Voraussetzungen und Bewilligungen zu sorgen und leistet dem Auftraggeber für deren Vorliegen Gewähr.

## 8. Dauer

8.1. Diese Rahmenvereinbarung gilt vorerst für unbestimmte Zeit; die einzelnen Verteilungsaufträge werden jeweils für ein bestimmtes Verteilungspaket erteilt: Der Auftraggeber ist aufgrund dieser Rahmenvereinbarung weder zur Erteilung eines Einzelverteilungsauftrages verpflichtet, noch zu wiederholten Auftragserteilungen, insbesondere auch nicht für ein bestimmtes Gebiet. Das Vertragsverhältnis kann beiderseits ohne Einhaltung besonderer Fristen jederzeit aufgelöst werden.

## 9. Schlussbestimmungen

9.1. Die jeweils zuletzt bekannt gegebene Anschrift  
des Auftragnehmers gilt der Auftraggeberin gegenüber als  
gültige Zustelladresse.

9.2. Der Auftragnehmer wird der Auftraggeberin eine  
Änderung seiner Wohnungs- oder Geschäftsadresse bekannt  
geben. Im Falle einer Unterlassung einer derartigen  
Bekanntgabe hat der Auftragnehmer die daraus  
resultierenden Nachteile zu tragen. Zustellungen an die letzte der  
Auftraggeberin bekannt gegebene Adresse gelten als gültig  
bewirkt.

9.3. Dieser Vertrag kommt immer dann zur Anwendung,  
wenn Einzelaufträge erteilt bzw. übernommen werden.

9.4. Dieser Vertrag wird in zwei Ausfertigungen in  
deutscher Sprache errichtet. Der Auftragnehmer erhält auf  
Wunsch eine beglaubigte Übersetzung in seiner  
Muttersprache. Je eine der deutschen Ausfertigungen erhalten  
Auftraggeberin und Auftragnehmer. Die deutsche  
Ausfertigung gilt als authentisch, der Auftragnehmer  
bestätigt, die Abfassung des Vertrages in deutscher Sprache  
gewünscht zu haben und den Vertrag vollinhaltlich zu verstehen.

9.5. Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus dem  
Zusammenhang mit diesem Vertrag ist das sachlich  
zuständige Gericht in W."

Auszugehen sei - entsprechend der Bestimmungen des Rahmenwerkvertrags und den Darlegungen von Dr. K. und Dr. A. sowie der Zeugen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung - davon, dass die Praxis bei allen gegenständlichen Ausländern (Auftragnehmern) die gleiche gewesen sei. Auch im Übrigen ergebe sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt im Wesentlichen aus den Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung unter Berücksichtigung des zur Tatzeit verwendeten Rahmenwerkvertrages:

"Grundlage des Rechtsverhältnisses zwischen den einzelnen Auftragnehmern und der Firma R. GmbH war der zitierte Rahmenwerkvertrag. In diesem ist die Aufgabe der Auftragnehmer abstrakt umschrieben als Verteilung und Zustellung von Werbe- und Informationsmaterial sowie von adressierten und nicht adressierten Zeitungen, Zeitschriften und sonstigen Produkten an Haushalte zum festgesetzten Termin in einem vereinbarten Verteilungsgebiet (Pkt. 1.2. des Rahmenwerkvertrages). Genauerhin erfolgte im Wesentlichen eine Zeitungszustellung und zwar am Donnerstag (adressiert) und am Sonntag (nicht adressiert) und - in wesentlich geringerem Umfang und zwar hauptsächlich sonntags - eine Werbemittelverteilung.

Der Rahmenwerkvertrag wurde zwischen dem jeweiligen Gebietsleiter und dem jeweiligen Auftragnehmer abgeschlossen.

Die 'Vereinbarung des Verteilungsgebietes' erfolgte dergestalt, dass der Auftragnehmer unter freien Gebieten wählen konnte. Abgesehen von Sonderfällen (zB Wechsel auf ein freigewordenes, vom Auftragnehmer bevorzugtes Gebiet, ad hoc-Übernahme des Gebietes eines verhinderten Kollegen) blieb die Gebietsverteilung (in beiderseitigem Interesse)

stabil. Die Auftragnehmer waren nicht gezwungen, ein bestimmtes Gebiet zu übernehmen; kam es zu keiner Einigung, erhielt der Auftragnehmer eben kein Gebiet (Pkt. 2.1. des Rahmenwerkvertrages, Auskünfte in der öffentlichen mündlichen Verhandlung).

Eine formelle Arbeitszeitregelung gab es nicht (Pkt. 2.2. des Rahmenwerkvertrages). Der Auftragnehmer war aber verpflichtet, den Auftrag bis zum vereinbarten Abschlusszeitpunkt zu erledigen (ebd.). In Verbindung mit dem faktisch frühest möglichen Zeitpunkt des Arbeitsbeginns (bedingt etwa durch die Anlieferung von Zeitungen) ergab sich ein zeitlicher Rahmen von bis zu etwa 15 Stunden (so die Angabe E.; nach der Angabe N. war der zeitliche Rahmen erheblich kürzer). Der Zeitaufwand betrug im günstigsten Fall für ein Gebiet rund zwei Stunden.

Der Zeitaufwand war so gering, dass diese Tätigkeit neben einem 'Fulltimejob' ausgeübt werden konnte und oft auch wurde.

Für die adressierten Gebiete wurden den Auftragnehmern Adressenlisten der Abonnenten zur Hand gegeben. Sowohl für diese Gebiete als auch für die Zustellungen ohne Adresse galt, dass die Auftragnehmer in der konkreten Gestaltung der Ablauforganisation (insbesondere im Sinne einer sinnvollen Routengestaltung) frei waren (Pkt. 2.2. des Rahmenwerkvertrages).

Kontrollen waren zulässig (Pkt. 6.1. des Rahmenwerkvertrages) und wurden auch stichprobenartig praktiziert. Die mängelfreie Erfüllung war nicht durch 'Disziplinarstrafen' sondern durch eine Vertragsstrafe gesichert; außerdem haftete der Auftragnehmer gegenüber der Auftraggeberin für sämtliche durch unkorrekte Leistungserbringung entstehende Schäden und Nachteile (Pkt. 2.3. und 6.2. des Rahmenwerkvertrages). Im Übrigen konnte das Vertragsverhältnis jederzeit aufgelöst werden (Pkt. 8.1. des Rahmenwerkvertrages). In der Praxis wurde einem untauglichen Auftragnehmer durch mündliche Mitteilung der Auftrag (das Gebiet) entzogen; ein formeller actus contrarius zum Rahmenwerkvertrag erfolgte wohl i.d.R. nicht.

Die Honorierung erfolgte nach Tarifen (vgl. Pkt. 3. des Rahmenwerkvertrages) bzw. Stückzahlen und zwar dergestalt, dass der Gebietsleiter die Stückzahlen der 'Zentrale' bekannt gab und die Auszahlung monatlich erfolgte (so die Aussage B.). Eine solche Bekanntgabe war (wegen der Stabilität der Verteilungsgebiete) nur anfangs und bei Änderungen notwendig. Für eine im Wirtschaftsleben unter Werkvertragspartnern übliche Rechnungslegung seitens der Auftragnehmer ist nach einem solchen System kein Raum.

Für die Betriebsmittel (im Wesentlichen: Transportmittel) hatte der Auftragnehmer selbst zu sorgen. Die Verwendung eines Autos war nicht zwingend vorgeschrieben, in der Regel aber zweckmäßig. In der Praxis scheint die Erforderlichkeit eines Autos nicht durchgehend gegeben gewesen zu sein, wie die 'Besorgung' der Betriebsmittel in Form der Entwendung von Einkaufswagen durch zwei Ausländerinnen aktenkundig zeigt.

Die Vertretung durch andere Personen (bzw. die Heranziehung von Gehilfen) war zulässig. Die Tatsache der Vertretung und die Person des Vertreters waren mitzuteilen, jedoch nicht zustimmungsbedürftig. Der Vergütungsanspruch blieb jedoch stets beim Vertretenen (Pkt. 2.3. des Rahmenwerkvertrages). Das Prinzip der Selbstorganisation der Vertretung war vorrangig gegenüber seitens des Gebietsleiters zu organisierenden Maßnahmen bei Ausfall (Krankheit, 'Urlaub') eines Auftragnehmers. Von dieser Vertretungsmöglichkeit wurde nach glaubwürdigen Auskünften in der öffentlichen mündlichen Verhandlung in der Praxis tatsächlich Gebrauch gemacht. Allerdings ist davon auszugehen, dass in der Praxis ein Regel-/Ausnahmeverhältnis zu Gunsten der persönlichen Erfüllung bestand. Dies ergibt sich einerseits aus dem (nicht durch Willkür sondern durch ökonomische Verhältnisse bestimmten) Interesse des Auftragnehmers am Lohn und den Interessen des Unternehmers an einem reibungslosen Betrieb (vgl. die von den Gebietsleitern angedeuteten Vorbehalte gegenüber lockeren Praktiken), andererseits aus den Darstellungen der Vertreter der Bw und der Gebietsleiter, die Sondersituationen (Krankheit, 'Urlaub') zumindest als Hauptanwendungsfälle der Vertretung vor Augen hatten.

Ein Konkurrenzverbot bestand nicht; es war sogar zulässig, im gleichen Verteilungsgebiet für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein (Pkt. 5.1. des Rahmenwerkvertrages). Auch dies wurde nach glaubwürdigen Auskünften in der öffentlichen mündlichen Verhandlung praktiziert.

Für die Versteuerung seines Einkommens bzw. die Anmeldung zur Sozialversicherung (nach dem GVSG) so wie die Einholung allfälliger öffentlicher rechtlicher Bewilligungen hatte der Auftragnehmer selbst zu sorgen (Pkt. 7. des Rahmenwerkvertrages).

Der Rahmenwerkvertrag wurde auf unbestimmte Zeit mit jederzeitiger beiderseitiger Kündigungsmöglichkeit (Pkt. 8.1. des Rahmenwerkvertrags) abgeschlossen. Aufgrund der erwähnten Stabilität der Rayonszuteilung konnte der Auftragnehmer damit rechnen, 'seinen' Rayon für einen längeren Zeitraum zu kalkulierbaren Zeiten betreuen zu dürfen."

In rechtlicher Hinsicht gelangte die belangte Behörde unter Erörterung einzelner Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zum Ergebnis, dass die genannten Ausländerinnen ihre festgestellten Tätigkeiten in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis ausgeübt hätten und damit der Bewilligungspflicht des AuslBG unterliegen. Dies wurde im Wesentlichen auf nachstehende Aspekte gestützt und dazu in einer "zusammenfassenden Betrachtung" ausgeführt:

"...

-

Es handelt sich um Tätigkeiten, die keine Fachkenntnisse erfordern ('Verrichtungen einfacher Art', 'Hilfsarbeiten').

-

Der Rahmenwerkvertrag stellt eine für den seriellen Gebrauch produzierte Schablone dar, die einseitig die Arbeits- und Entlohnungsbedingungen für diese Tätigkeiten festlegt.

Der Rahmenwerkvertrag verpflichtet als solcher die Parteien nicht zur Auftragserteilung und -übernahme - so explizit Punkt

2.1. des Rahmenwerkvertrags; erst mit Zuteilung und Übernahme eines Gebietes wird der Rahmenwerkvertrag wirksam.

-

Die - unbefristete - Leistung des Auftragnehmers ist auf eine der Zahl nach nicht vorhersehbare Anzahl von Arbeitsläufen (oder anders formuliert: auf periodisch fortgesetzte Tätigkeiten a priori unbekannten Ausmaßes) angelegt. Dementsprechend enthält auch der gegenständliche Rahmenwerkvertrag kein abgeschlossenes Werk.

Diese Art von Tätigkeit ist einem Organisationsplan des Auftraggeberunternehmens unterworfen, der schon aus Gründen betrieblicher Notwendigkeit diese Tätigkeit einer Vielzahl von Auftragnehmern in vergleichbarer Weise koordiniert und mithin determiniert wie dies bei 'formellen' Dienstnehmern der Fall sein müsste.

...

Der zentrale Gesichtspunkt ist der des Fehlens eines abgeschlossenen Werks im Rahmenwerkvertrag in Verbindung mit der beschriebenen Arbeitnehmertypizität der Art der Tätigkeit. Wenn man nicht überhaupt der Auffassung ist, dass dieser Umstand allein schon die Selbstständigkeit ausschließt, so muss ihm zumindest Schwerpunktcharakter zukommen.

Der Aspekt der organisatorischen Eingliederung (Bindung in zeitlicher, örtlicher und arbeitsbezogener Hinsicht) lässt sich unter den gegebenen Umständen nicht vollständig der einen oder anderen Seite zuschlagen. Die Dispositionsmöglichkeiten des Auftragnehmers sind in genau jenem Maß eingeschränkt, in dem sich dieser in den - in seiner Dichte nicht zu unterschätzenden - Organisationsplan des Unternehmens einzufügen hat. Dies berücksichtigend ist von einer grundsätzlichen - wenn auch in mancher Hinsicht abgeschwächten - Einordnung des Auftragnehmers in die Betriebsorganisation auszugehen, die - trotz der Notwendigkeit der Einigung über das Verteilungsgebiet und der bloßen Vorgabe eines zeitlichen Rahmens - insgesamt eher für die Arbeitnehmerähnlichkeit als für die Selbstständigkeit spricht.

Ein zwingendes Vorhandensein substanzialer eigener Betriebsmittel des Auftragnehmers kann gegenständlich nicht für die Selbstständigkeit in Anschlag gebracht werden. Die (möglicherweise häufige) Verwendung eines eigenen Fahrzeuges ist nicht von großem Gewicht im Sinne dieses Kriteriums.

Für die Selbständigkeit stärker zu Buche schlägt die Vertretungsbefugnis in der beschriebenen Form. Eine systematische Verwendung von Hilfspersonal durch Auftragnehmer ist auf der Basis des Rahmenwerkvertrages denkbar, wurde aber nicht als Regelfall geltend gemacht, sodass dieser Gesichtspunkt von geringerem Gewicht ist.

Weitere Kriterien sind, wie erwähnt als neutral bzw. als 'formal' und daher als nicht erheblich ins Gewicht fallend zu veranschlagen.

Die Zusammenschau dieser Momente im Sinne der Methode des 'beweglichen Systems' ergibt ein Überwiegen der für eine Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis sprechenden Gründe."

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes geltend machende Beschwerde.

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

II. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

II.1. Die hier anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBI. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBI. I Nr. 28/2004, lauten wie folgt:

"§ 2. ... (2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

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,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBI. Nr. 196/1988.

...

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

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, 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.

...

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer

a) 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;

..."

II.2. Der Beschwerdeführer bekämpft die von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid getroffenen Sachverhaltsfeststellungen nicht. Er wendet sich unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit gegen die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes, dass die Ausländer von der R. GmbH in einem nach dem AuslBG bewilligungspflichtigen arbeitnehmerähnlichen Verhältnis verwendet worden seien.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 27. Februar 2003, Zl. 2000/09/0058, einen Beschwerdefall betreffend die Tätigkeit der Verteilung von Zeitungen oder Prospekten im Rahmen von "Werkverträgen" und "Grundsatzvereinbarungen", auf seine Ausführungen zur Arbeitnehmerähnlichkeit in seiner ständigen Rechtsprechung verwiesen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153, und die darin angegebene Judikatur). Demnach ist nicht die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung (zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger) entscheidend, sondern die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des "Arbeitnehmerähnlichen", die darin zu erblicken ist, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig ist. Maßgebend ist dabei der "organisatorische Aspekt der wirtschaftlichen Unabhängigkeit". In dieser Hinsicht bedarf es der Prüfung, ob das konkrete Gesamtbild der Tätigkeit des "Arbeitnehmerähnlichen" so beschaffen ist, dass dieser trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, seine Arbeitskraft - insoweit er durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über seine Arbeitskraft gehindert ist - anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Bei dieser Beurteilung ist (in methodischer Hinsicht) zu beachten, dass nicht alle Kriterien, die in einem konkreten Einzelfall möglicherweise relevant sein können, als solche aber gar nicht erschöpfend erfassbar sind, verwirklicht sein müssen. Eine Person kann als arbeitnehmerähnlich auch beurteilt werden, hinsichtlich deren Tätigkeit das eine oder andere (relevante) Merkmal fehlt oder nur geringfügig ausgeprägt ist, während andere Merkmale in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kommen. Einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, dürfen nicht isoliert voneinander, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl und Stärke (Gewicht) bewertet werden.

Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach den Regeln des "beweglichen Systems", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmals durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153, m.w.N.).

Der Beschwerdeführer stimmt der belangten Behörde insofern zu, dass nicht die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung entscheidend sei, sondern die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des "Arbeitnehmerähnlichen", die darin erblickt werden könne, dass jemand unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig sei.

Der Beschwerdeführer wendet im Wesentlichen ein, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit nach den getroffenen Feststellungen der belangten Behörde gerade in diesem Fall nicht vorliegen würde, denn die Zusteller seien weder dazu verpflichtet gewesen eine Arbeitsleistung selbst zu erbringen, noch habe das zeitliche Ausmaß ihrer tatsächlich verübten Tätigkeit den Umfang erreicht, der es ihnen unmöglich gemacht hätte, ihre Arbeitskraft anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Vielmehr sei es ihnen sogar möglich gewesen, für eine wechselnde Zahl von Auftraggebern tätig zu werden, da ihnen kein Konkurrenzverbot auferlegt worden sei.

Mit diesen Ausführungen zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Eine Beschäftigung nach dem AuslBG kann nämlich durchaus auch dann vorliegen, wenn die Person, die Arbeitsleistungen erbringt, ihre Arbeitskraft noch anderweitig für Erwerbszwecke einsetzen kann, zumal ja auch kurzfristige Tätigkeiten als Arbeitsleistungen im Rahmen einer dem AuslBG unterliegenden Beschäftigung zu qualifizieren sind (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2004, Zl. 2002/09/0070). Es genügt, dass die Möglichkeit der Ausländerinnen, ihre Arbeitskraft am Arbeitsmarkt anderweitig einzusetzen, durch ihre mit dem Beschwerdeführer vertretenen

Unternehmen bestehenden Verhältnis jedenfalls in jenem Zeitraum, in welchem sie grundsätzlich regelmäßig Arbeitsleistungen für dieses erbrachten, durchaus eingeschränkt gewesen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

Der Beschwerdeführer berücksichtigt nicht ausreichend, dass die Arbeit der Ausländerinnen, die in der Ausübung einer einfachen Zustelltätigkeit bestand, von der R. GmbH organisiert und in den Rahmen der Erfüllung von deren Aufgabe eingegliedert war.

Die Auftraggeberin bediente sich dabei der beiden Ausländerinnen daher gewissermaßen als "Erfüllungsgehilfinnen" bei Durchführung der Werbemittelverteilungen. Die für die Arbeitnehmerähnlichkeit maßgebende wirtschaftliche Unabhängigkeit resultiert somit insbesondere daraus, dass die beiden Ausländerinnen - insofern wie normale Arbeitnehmer - unmittelbar vom wirtschaftlichen Erfolg ihrer Auftraggeberin (Auftragslage) abhängig sind und damit im Ergebnis auch bei Fehlen einer Weisungsbindung (persönliche Abhängigkeit) de facto dieselbe Stellung wie ein Arbeitnehmer aufweisen. Bei der Qualifikation der gegenständlichen Arbeit als arbeitnehmerähnlich im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG ist auch zu bedenken, dass das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber ein Werkvertragsverhältnis, aber auch ein so genannter "freier Dienstvertrag" sein kann. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses kann demgemäß jede Art von Arbeitsleistung sein. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig; seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, muss daher darin erblickt werden, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2003, Zl. 2000/09/0208). Ebenso wie beim Arbeitnehmer ist aus ähnlichen Gründen der Praktikabilität auch bei der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit unter dem "finanziellen" Gesichtspunkt nicht konkret zu prüfen, ob der "Arbeitnehmerähnliche" auf die Gegenleistungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Empfänger der Arbeitsleistung zur Bestreitung seines Lebensunterhalts angewiesen ist, ob er sie auch nur dafür verwendet oder ob er seinen Lebensunterhalt aus anderen Einkünften oder aus eigenem Vermögen bestreitet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. September 2003, Zl. 2001/09/0060).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass Werbemittelverteiler kein selbständiges, näher umschriebenes "Werk" herstellen und ihre Verwendung grundsätzlich in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erfolgt (vgl. das genannte hg. Erkenntnis Zl. 98/09/0153). Der Verwaltungsgerichtshof vermag auch vor dem Hintergrund des vorliegenden Falles keinen hinreichenden Grund dafür zu erkennen, von dieser Auffassung wieder abzugehen.

Auch mit dem weiteren Beschwerdevorbringen, wonach wesentliche Elemente gegen die für ein Arbeitsverhältnis typische persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit sprechen würden, zumal beide Ausländerinnen jederzeit die Übernahme und Durchführung von Aufträgen sanktionslos ablehnen hätten können, keine Bindung an die erfolgte Gebietszuteilung bestanden, eine persönliche Weisungsunterworfenheit der Ausländerinnen nicht vorgelegen und kein Konkurrenzverbot bestanden habe sowie kein Bereitstellen von Betriebsmitteln seitens des Arbeitgebers erfolgt sei wie auch die Einordnung der Ausländerinnen in einen Betrieb fehlen würde, kann die schlüssige Argumentation der belangten Behörde nicht erschüttert werden: Diese hat gerade in der vom Beschwerdeführer geforderten Gesamtbetrachtung in nachvollziehbarer Abwägung aller Tätigkeitsmerkmale dargelegt, warum im konkreten Fall vom Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auszugehen sei.

Daran vermögen auch die vom Beschwerdeführer als Indiz für die Selbständigkeit der Ausländerinnen ins Treffen geführten Rechtsansichten der GKK Steiermark, des Bundesministeriums für Finanzen und des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, wonach ein Zeitungszusteller gemäß seiner Tätigkeitsmerkmale dem selbständigen Bereich zuzuordnen, einkommensteuerpflichtig und gemäß § 2 Abs. 1 Z. 4 GSVG als neuer Selbständiger versicherungspflichtig sei, sofern die Versicherungsgrenzen erreicht würden, nichts zu ändern.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wird somit in seiner Beschwerde kein wesentlicher Umstand aufgezeigt, der die gebotene Gesamtbetrachtung der belangten Behörde als rechtswidrig erschienen ließe.

Soweit der Beschwerdeführer sich überdies mit unverschuldeten Rechtsunkenntnis verantwortet und vorbringt, dass ihm kein Verschulden und nicht einmal leichte Fahrlässigkeit angelastet werden könne, da er sich sehr wohl über die Rechtslage bezüglich der Beauftragung von Ausländern mit Zeitungszustellungen informiert habe, und dazu auf die eingeholte Rechtsmeinung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales verweist, wonach Personen, die auf Basis derartiger Rahmenverträge tätig seien, nicht der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterliegen würden, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten:

Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann hätte seitens der R. GmbH als (möglicher) Arbeitgeber einer ausländischen Arbeitskraft die Verpflichtung bestanden, vor Abschluss der gegenständlichen Verträge hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; hat sie dies unterlassen, so vermag die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von ihrer Schuld zu befreien, die sich der Beschwerdeführer als gemäß § 9 Abs. 2 VStG verantwortlicher Beauftragter der R. GmbH zurechnen lassen muss. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt zu ähnlich gelagerten Fällen entschieden hat, darf sich der (mögliche) Arbeitgeber auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Wirtschaftstreuhändern allein nicht verlassen, sondern er hätte eine Anfrage an die zuständige Behörde, nämlich an die zuständige Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice, richten müssen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. November 2005, ZI. 2004/09/0168, m.w.N.); dasselbe gilt im vorliegenden Fall hinsichtlich des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Dass er eine solche Anfrage an die zuständige Behörde getan hätte, hat der Beschwerdeführer nicht behauptet. Auch die weitere Berufung auf einen ÖGB-Kommentar zum Fremdenrecht 2003 und ein hg. Erkenntnis aus dem Jahr 2000, wozu der Beschwerdeführer nicht einmal darzutun vermag, warum er nicht die aktuelle, ständige hg. Judikatur herangezogen hat, geht somit ins Leere.

Wenn die belangte Behörde daher vor diesem Hintergrund zwar das Verschulden als nicht geringfügig, jedoch das Vorliegen eines Anwendungsfalles von § 20 VStG als gegeben erachtet, ist sie frei von Rechtsirrtum.

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

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 16. Dezember 2008

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2008090105.X00

**Im RIS seit**

10.02.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

31.07.2009

**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)