jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2006/2/22 2002/09/0187

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.02.2006

Index

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

Norm

ABGB §1151;
AuslBG §2 Abs2 litb;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1997/I/078;
AuslBG §3 Abs1 idF 1997/I/078;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2002/09/0188 2002/09/0189 Serie (erledigt im gleichen Sinn):2002/09/0190 E 22. Februar 2006 2002/09/0193 E 22. Februar 2006

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde

1. des DI U, 2. des M und 3. des S, alle in G, alle vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Grazbachgasse 39/III, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark jeweils vom 16. September 2002, 1. Zl. UVS 30.12-51/2002-11 (hg. Zl. 2002/09/0187), 2. Zl. UVS 30.12-50/2002-11 (hg. Zl. 2002/09/0188) und 3. Zl. UVS 30.12-49/2002-11 (hg. Zl. 2002/09/0189), betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien:

1. Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, 2. Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von je EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit den angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheiden der belangten Behörde vom 16. September 2002 wurden die Beschwerdeführer nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung als handelsrechtliche

Geschäftsführer der "P GesmbH" mit Sitz in G, welche persönlich haftende Gesellschafterin der "P GesmbH & Co KG" mit Sitz in G sei, für schuldig erkannt, dass diese Gesellschaft am 21. Oktober 2000 den indischen Staatsbürger S beschäftigt habe, obwohl der Gesellschaft für diesen keine Beschäftigungsbewilligung erteilt gewesen sei, keine Anzeigebestätigung ausgestellt gewesen sei und er keine Arbeitserlaubnis und keinen Befreiungsschein besessen habe. Die Beschwerdeführer hätten dadurch § 3 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 i.d.F. BGBl. I Nr. 136/2001, und § 9 Abs. 1 VStG verletzt. Über sie wurde gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 726,-- und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen verhängt und ihnen die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens auferlegt.

Die angefochtenen Bescheide wurden im Wesentlichen damit begründet, dass die Beschwerdeführer nicht bestritten hätten, dass der Ausländer für die von ihnen vertretene KG auf unbestimmte Zeit beschäftigt gewesen sei, dies jedoch im Rahmen eines Werkvertrages. Die Beschwerdeführer hätten vorgebracht, dass der Ausländer selbst bei einem Konkurrenzunternehmen nach Einholung der Zustimmung ihres Unternehmens hätte tätig werden können. Für eine Tätigkeit bei einem anderen Unternehmen wäre überhaupt keine Zustimmung einzuholen gewesen. Der Mitarbeiter hätte auch das einzig erforderliche Betriebsmittel, nämlich das Transportmittel, selbst gehabt und es hätte keinerlei vorgegebene Arbeitszeit gegeben. Hätte der Ausländer die Tätigkeit allein ausgeübt, so hätte er durchschnittlich etwa drei Stunden pro Tag aufwenden müssen. Die Bezahlung wäre nach zugestellten Zeitungsstücken erfolgt und die Beschwerdeführer hätten nicht gewusst, ob der Vertragspartner über andere Einkünfte verfügt hätte. Ob sich der Ausländer hätte vertreten lassen, wüssten die Beschwerdeführer heute nicht mehr. Es hätte keine Konventionalstrafe für den Fall gegeben, dass die vereinbarte Tätigkeit nicht ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Ein Verstoß gegen das AuslBG wäre nicht gegeben, da der Ausländer höchstens drei Stunden pro Tag Zeitungen zugestellt hätte, er hätte seine Arbeitskraft jederzeit anderweitig einsetzen können. Tätigkeiten, die nicht das Verteilen von Zeitungen oder Werbematerial beträfen, wären seitens der Auftraggeberin nicht beschränkt. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit wäre somit nicht vorgelegen.

Die belangte Behörde führte in der Begründung des angefochtenen Bescheides aus, dass sie nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und auf Grund der zwischen der P GmbH & Co KG und dem Ausländer getroffenen Vereinbarung vom 15. Juni 2000, einer "Bestandsliste", einer "Zustellerfibel" und von vorgelegten "Tarifblättern" zu folgenden Feststellungen gelangt sei:

"Der Berufungswerber war im Oktober 2000 handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH mit Sitz in G, welche einzige persönlich haftende Gesellschafterin der P GmbH & Co KG mit gleichem Sitz war.

Betriebszweck der KG war die Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften und der Vertrieb von Tageszeitungen in Osttirol, Kärnten, Steiermark, Burgenland, Niederösterreich und Wien. Im Jahr 2000 waren für die KG ca 150 Angestellte, 430 Arbeiter und

2.500 Werkvertragnehmer tätig, von denen cirka 25 % Ausländer und 75 % Inländer waren. Die 430 Arbeiter waren als Zusteller tätig und zwar in der Steiermark und Kärnten, wo mit ihnen zu einer Zeit Arbeitsverträge geschlossen wurden, als es die Werkvertragsregelung noch nicht gab. Sie wurden nach wie vor als Dienstnehmer weitergeführt mit allen Rechten und Pflichten von Dienstnehmern. In Wien gab es keine Zusteller mit Dienstvertrag. Im August 2000 galten für die Zusteller von geringfügigen Abweichungen abgesehen die gleichen Bedingungen. Teilweise waren für die Zustellung der Zeitungen Haustorschüssel nötig. Das Zustellgebiet war an Hand von Stadtplänen in Touren aufgeteilt, die die KG auf Grund von statistischen Daten nach Zählsprengeln festlegte und von denen ein Zusteller mehrere haben konnte. Es gab zwei Gruppen von Zustellungen, nämlich die Nachtzustellung von 02.00 Uhr oder 03.00 Uhr bis 06.00 Uhr und die Tageszustellung von 06.00 Uhr bis 12.00 Uhr für Häuser, in die man in der Nacht nicht hinein konnte. Die Zustellungen waren täglich außer Sonntag durchzuführen. Die KG stellte den Zustellern keine eigene Arbeitsbekleidung zur Verfügung und erteilte ihnen diesbezüglich auch keine Weisungen. Wenn ein Zusteller neu zu arbeiten begann, wurde ihm das Gebiet von dem Zusteller, der dort vorher tätig war oder von einem so genannten Springer gezeigt. Manche Zusteller machten ihre Touren zu Fuß, manche mit dem Fahrrad oder dem Auto. Diese Fahrzeuge mussten sie, wenn sie sie verwenden wollten, selbst beistellen. Die Zusteller hatten die Zeitungen von den so genannten Abwurfplätzen (Ablageplätzen) abzuholen - es waren dies geschützte Plätze, wie zB Buswartehäuschen. Dabei überwachte ein Springer, der über Werkvertrag beschäftigt war, beim Abwurfplatz das Abholen der Zeitungen und hatte so lange zu bleiben, bis der letzte Zusteller die Zeitungen abholte, was in der Regel um 03.00 Uhr oder

03.30 Uhr der Fall war. Kam es bei den Abonnenten zu Änderungen, wurden diese dem Zusteller bekannt gegeben, der sie in seinem Zustellbuch bzw in EDV-Listen vermerkte.

Den Zustellern war der Gebietsleiter, zugleich deren Ansprechperson, übergeordnet, wovon es in Wien sechs gab. Er hatte sicherzustellen, dass das Rayon besetzt ist (das heißt, dass an alle Abonnenten zugestellt wird) und sorgte dafür, dass Vereinbarungen mit den Zustellern geschlossen werden. Beim von der KG eingerichteten Vertretungsservice handelte es sich darum, dass Springer zustellen, wenn ein Zusteller selbst nicht für seine Vertretung sorgen konnte. Der Zusteller hatte in diesem Fall den Gebietsleiter zu verständigen, der dann den Vertreter bestellte. Der Gebietsleiter bereitete die Verträge vor (und kopierte die hiefür erforderlichen Urkunden), die dann von der Geschäftsleitung unterschrieben werden. Der Gebietsleiter hatte Kontakt mit den Zustellern vor allem bei deren Einstellung und bei Reklamation von Auftraggebern (Abonnenten), die sehr häufig vorkamen.

Die P GesmbH & Co KG schloss mit dem indischen Staatsangehörigen S, geb. 1969, der eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach dem Asylgesetz besaß, am 15.06.2000 nachstehende Vereinbarung:

'I.

Der Auftragnehmer übernimmt ab 02. Juni 2000 folgenden Auftrag:

.....Zustelltätigkeit.....

.....

II.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die ihm vom Auftraggeber erteilten Aufträge innerhalb des jeweils vereinbarten Zeitraumes durchzuführen.

III.

Der Auftraggeber übergibt dem Auftragnehmer die zur Erfüllung des Auftrages notwendigen Unterlagen. Der Auftragnehmer trägt die Verantwortung für zweckentsprechende Verwendung und Verwahrung der Unterlagen gegen Diebstahl und wird bei Verlust zum Schadenersatz herangezogen. Bei einer Beendigung des Vertragsverhältnisses sind sämtliche vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen zu retournieren.

IV.

Der Auftragnehmer führt die ihm übertragenen Tätigkeiten selbstständig aus und haftet dem Auftraggeber für die erforderliche Sorgfalt und für sämtliche Mängel die im Zusammenhang mit der von ihm erbrachten Leistungen stehen. Ausdrücklich gilt als vereinbart, dass sich der Auftragnehmer generell und jederzeit bei der Erbringung der bedungenen Tätigkeiten durch Dritte vertreten lassen kann. Überträgt der Auftragnehmer die vereinbarte Tätigkeiten auf eigene Kosten und Gefahr an Dritte, haftet er dem Auftraggeber gegenüber für ordnungsgemäße Leistungserbringung seiner Subunternehmer. Rechtsbeziehungen hinsichtlich Entgelt und Gewährleistung entstehen nur zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

V.

Der Auftragnehmer hat im Fall der Verhinderung auf seine Kosten und Gefahr für eine Vertretung zu sorgen, bzw gegebenenfalls den Vertretungsservice des Auftragsgebers so rechtzeitig zu verständigen, dass eine weitere Durchführung des Auftrages gewährleistet ist. Den Vertretungsservice kann der Auftragnehmer gegen Kostenersatz in Anspruch nehmen.

VI.

Das Entgelt wird jeweils im Voraus vereinbart und beträgt derzeit

Tätigkeit:

Entgelt:

Zustellung von Zeitungen.....

lt. Tarifblatt.....

VII.

Der Auftragnehmer nimmt zur Kenntnis, dass er alle auf sein aus der vertragsgegenständlichen Tätigkeit resultierendes Einkommen entfallenen Steuern und Abgaben selbst zu entrichten hat.

VIII.

Alle Entgelte werden ohne Umsatzsteuer ausbezahlt. Wünscht der Auftragnehmer eine Auszahlung des Entgeltes zuzüglich der Umsatzsteuer, so hat er dies dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen.

IX.

Der Auftragnehmer hat jede Änderung des Namens, der Anschrift und der Bankverbindung sofort schriftlich zu melden.

X.

Die Aufkündigung des Vertrages kann sowohl vom Auftraggeber als auch vom Auftragnehmer nur unter Einhaltung einer zweiwöchigen Frist erfolgen. Kommt es jedoch zu einer mangelhaften Vertragserfüllung seitens des Auftragnehmers, so kann der Auftraggeber den Vertrag mit sofortiger Wirkung lösen.

XI.

Tätigkeiten für andere Zeitungsvertriebsorganisationen bedürfen der Zustimmung des Auftraggebers.

XII.

Die dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Unterlagen und an ihn gerichtete Mitteilungen unterliegen dem Geschäftsgeheimnis und dürfen ausschließlich zur Auftragserfüllung verwendet werden.

XIII.

Abänderungen des vorliegenden Vertrages sind nur in Schriftform zulässig.

Wien, am 15. Juni 2000'

Für den Zeitungszusteller galt darüber hinaus die Zustellerfibel als vereinbart, die wie folgt lautet:

'I. Zustellung an Zeitungsabonnenten:

1. Zustellvorgang:

Die Auslieferung der Zeitungen erfolgt an den vorbestimmten Ablageplatz. Dort befinden sich die für Sie bestimmten Zeitungspakete, die mit Ihrer Zustellbezirksbezeichnung gekennzeichnet sind. Sie verpflichten sich dafür Sorge zu tragen, dass die Zeitungen bis spätestens 6.00 Uhr, an die vom Auftraggeber bekannt gegebenen Hinterlegungsplätze (wie zB Wohnungstür, Zeitungsrolle, Briefschlitze oder -kästen) zugestellt werden. Sollte die vereinbarte Vertragserfüllung nicht gewährleistet sein, haben Sie Ihren Gebietsleiter sofort davon zu verständigen.

2. Unterlagen:

Sie erhalten die zur Erfüllung der Tätigkeit erforderlichen Haustürschlüssel und Zustellbücher und tragen die Verantwortung für die zweckentsprechende Verwendung und Verwahrung der Schlüssel und der Zustellbücher gegen Diebstahl. Bei Verlust oder missbräuchlicher Verwendung können Sie zum Schadenersatz herangezogen werden.

Haustürschlüssel: Überall dort, wo Haustürschlüssel zur Verfügung stehen, müssen die Produkte an die Wohnungstür zugestellt werden. Sollten Sie in Ihrem Zustellbezirk für Wohnhausanlagen noch keine Schlüssel haben (zB Neubau), geben Sie Ihrem Gebietsleiter die Straße, Hausnummer und Namen der Siedlungsgenossenschaft unverzüglich bekannt, damit dieser welche besorgen kann.

Zustellbuch: Das Zustellbuch ist die wesentlichste Arbeitsunterlage, die tagesaktuell und vollständig zu führen ist. Es sind daher Lieferveränderungen, die mit Nachtragslisten bekannt gegeben werden, täglich einzutragen. Für eine klaglose Zustellung in Vertretungsfällen sind daher auch alle sonst noch wichtigen Hinweise (wie Ablageplätze, Zustelltage usw) zu vermerken.

3. Nachtrags- und Bezieherlisten:

Die Nachtragslisten dienen als Mitteilungen bei Veränderungen, Neubezug, Abbestellung und Bezugsunterbrechung. Bitte beachten Sie auch die auf der Liste angegebenen Zustelltage (zB Mo - SO, nur Fr, ...). Die mittels Nachtragslisten

bekantgegebenen Veränderungen sind sofort zu berücksichtigten. Bezieherlisten beinhalten alle Abonnenten des betreffenden Produktes an bestimmten Stichtagen und sind auf Anforderung über Ihren Gebietsleiter erhältlich. Die Nachtrags- und Bezieherlisten sind genauso streng vertraulich, wie alle anderen Schriftstücke, die die Presse Medien Service betreffen und sorgfältig in einem Ordner aufzubewahren.

4. Vertriebsmitteilungen:

Nachtrags- und Bezieherlisten, Reklamationen und sonstige Mitteilungen werden Ihnen unter dem Deckblatt Ihres Zeitungspaketes beigepackt.

5. Etiketten(zeitungen):

Erhalten Sie vorgedruckte Etiketten, so sind diese entsprechend aufzukleben und genauso wie bereits voretikettierte Zeitungen dem angeführten Abonnenten zuzustellen.

6. Stückzahlreklamationen:

Sollten Ihnen Zeitungen fehlen oder übrig bleiben, ist Ihr Gebietsleiter sofort anzurufen.

7. Zustellreklamationen:

Zustellreklamationen durch Abonnenten werden Ihrem Zeitungspaket beigepackt. Sollten Sie die unverzügliche ordnungsgemäße Zustellung für diesen Abonnenten - aus welchen Gründen immer - nicht sicherstellen können, ist der Gebietsleiter unverzüglich zu kontaktieren.

8. Inkasso:

Sollten Sie auch mit dem Inkasso beauftragt werden, erhalten Sie zusätzlich zum vereinbarten Honorar bei Abrechnung des monatlichen Bezugsinkassos 2 % Inkassoprovision verrechnet, wenn sie 80 % der Rechnungssumme bis zum 10. und den Rest bis spätestens 18. des Kalendermonates einzahlen. Nicht kassierte Inkassoscheine sind mit genauer Angabe der Gründe bis spätestens 18. des Monates an den Auftraggeber zur retournieren.

9. Leseblatt:

Jeder Zusteller erhält ein Leseblatt gratis, das in der täglich ausgelieferten Stückzahl bereits enthalten ist.

10. Abo-Kündigungen:

Diese dürfen von Ihnen nicht entgegengenommen werden, sondern sind ausschließlich vom Abonnenten schriftlich an den Verlag zu richten. Auch ein Hinweis des Beziehers, er habe die Zeitung abbestellt, berechtigt Sie nicht, die Zustellung einzustellen. Die Zeitung ist so lange zu liefern, bis Sie von uns die Abgangsmeldung per Nachtragsliste erhalten.

II. Werbemittelzustellung:

.....

III. Sonstiges:

1. Haftung:

Der Zusteller führt die ihm übertragenen Tätigkeiten selbstständig aus und haftet gegenüber dem Auftraggeber für die erforderliche Sorgfalt und für sämtliche Mängel der von ihm erbrachten Tätigkeiten. Es ist darauf zu achten, dass dabei die Nachtruhe der in den Zustellbezirken wohnenden Menschen von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr nicht unnötig gestört wird. Lärmentwicklungen im Stiegenhaus oder durch defekte Fahrzeuge sind jedenfalls zu vermeiden! Ausdrücklich gilt als vereinbart, dass sich der Zusteller generell und jederzeit bei der Verrichtung der bedungenen Tätigkeiten auf eigene Kosten und Gefahr durch geeignete Dritte vertreten lassen kann. Sie haften daher auch dem Auftraggeber gegenüber für die ordnungsgemäße Leistungserfüllung Ihrer Subunternehmer.

2. Ihre Ansprechpartner:

.....

Mit dieser Fibel wollten wir Ihnen das nötige Grundwissen über den reibungslosen Ablauf der Zustellung vermitteln. Heben Sie sie gut auf, damit Sie dieses '1x1 der Zustellung' jederzeit als griffbereites Nachschlagwerk zur Hand haben.'
"

S habe am 21.10.2000 um 9.20 Uhr vor dem Haus Wien x, M-Gasse, sein Fahrrad abgestellt, mit einem Stapel Zeitungen das Haus betreten und es nach kurzer Zeit wieder verlassen. Im Gepäckkorb seines Fahrrades seien ungefähr 40 Stück der "Presse" und 50 Stück des "Standard" gelegen. Für die Beschäftigung von S sei keine Bewilligung nach dem AuslBG vorgelegen.

In der (gemeint: schriftlichen) Vereinbarung mit dem Ausländer komme die Zustellfibel nicht vor, sie sei aber Bestandteil des zwischen der P GmbH & Co KG und einem anderen Ausländer abgeschlossenen Werkvertrages. In Punkt III. der Vereinbarung mit dem im gegenständlichen Fall beschäftigten Ausländer seien Unterlagen erwähnt, die zur Erfüllung des Auftrages notwendig seien und dem Auftragnehmer vom Auftraggeber übergeben worden seien. Nach Aussage des Drittbeschwerdeführers hätten zur Tatzeit für die Zusteller im Prinzip die gleichen Bedingungen gegolten, daher könne angenommen werden, dass die Zustellerfibel auch im Fall des im gegenständlichen Fall beschäftigten Ausländers Vertragsbestandteil gewesen sei, was weiter dadurch gestützt werde, dass die Zustellungen aus sachlicher Notwendigkeit nach einem bestimmten Muster abgelaufen seien, das in der Zustellerfibel näher umschrieben sei.

Der Drittbeschwerdeführer habe ausgesagt, dass die Gesellschaft in der Regel von einer Erkrankung des Zustellers nichts erfahren habe und ihr das Ausmaß der Vertretung eines Zustellers mehr oder weniger gleichgültig gewesen sei, da der Werkvertragsnehmer für den Vertretenen gehaftet hätte. Der für die von der von den Beschwerdeführern vertretenen GmbH & Co KG durchgeführten Zustellung im 1., 3., 4. und 5. Bezirk im Jahr 2000 zuständige Gebietsleiter habe als Zeuge ausgesagt, dass es keine generelle Weisung gegeben hätte, dass Vertretungen der Firmenleitung zu melden wären. Nach der Aussage des Drittbeschwerdeführers wäre im Erkrankungsfall jener Zusteller bezahlt worden, mit dem ein Vertragsverhältnis bestanden hätte, zum Ersatzmann hätte die Gesellschaft keinen Kontakt gehabt. Auch der Gebietsleiter habe ausgesagt, dass die Zusteller bei Verhinderung selbst einen Vertreter zu bringen gehabt hätten. Der Vertreter bekäme die Liste der Abonnenten dann auch vom Vertretenen selbst übergeben und in einem solchen Fall werde nur der Vertretene bezahlt.

Diesen Aussagen sei jedoch - so begründete die belangte Behörde ihren Bescheid weiter - entgegenzuhalten, dass die Gesellschaft jedem Zusteller die Haustürschlüssel, ein Zustellbuch, Nachtrags- und Bezieherlisten (Bestandslisten), sowie fallweise Etiketten übergeben habe und die Zusteller nach Punkt 3. der Zustellerfibel angewiesen habe, diese streng vertraulichen Unterlagen sorgfältig in einem Ordner aufzubewahren. Weiter seien die Nachtrags- und Bezieherlisten täglich erstellt worden und dem Zeitungspaket unter dessen Deckblatt beigepackt worden. In Punkt 2. der Zustellerfibel seien die Zusteller angewiesen, das Zustellbuch - die wesentlichste Arbeitsunterlage - tagesaktuell und vollständig zu führen und alle Lieferveränderungen, die mit den Nachtragslisten bekannt gegeben worden seien, täglich einzutragen. Wenn die Zusteller laut Punkt 2. der Zustellerfibel die Verantwortung für die zweckentsprechende Verwahrung der Schlüssel und Zustellbücher zu tragen gehabt hätten und bei Verlust oder missbräuchlicher Verwendung zum Schadenersatz verpflichtet worden seien, stelle sich die Frage nach der Durchsetzbarkeit dieser Verpflichtungen. Auch wenn diese gewährleistet gewesen wäre, sei es nicht denkbar, dass ein Zusteller im Fall seiner Erkrankung oder sonstigen Verhinderung einen Erfüllungsgehilfen beigezogen hätte, ohne die Zustimmung der Gesellschaft einzuholen, da ausgeschlossen erscheine, dass ein xbeliebiger Vertreter alle jene Anweisungen im Zusammenhang mit den Listen, dem Zustellbuch und den Schlüsseln ohne detaillierte Kenntnis der Zusammenhänge hätte ausführen können und die Gesellschaft es zugelassen hätte, dass ihr die Kontrolle über die Zustellungen entgleite.

Der in einem Parallelfall beschäftigte Ausländer T habe ausgesagt, dass er manchmal für einen Kollegen eingesprungen sei, wenn dieser krank gewesen sei und in diesem Fall die KG - namentlich deren Gebietsleiter - hievon benachrichtigt habe (vgl. die Niederschrift der entsprechenden Aussage vor dem Magistratischen Bezirksamt für den 3. Bezirk vom "28.04.2000"). Daraus ergebe sich, dass in der Praxis der Vertreter mit der KG Verbindung habe aufnehmen müssen, um die Zustellungen nicht zu gefährden.

In rechtlicher Hinsicht begründete die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid im Wesentlichen nach Darstellung der Rechtsvorschriften und Erörterung einzelner Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes damit, dass im Beschwerdefall die Tätigkeit des Ausländers darin bestanden habe, Abonnenten Tageszeitungen ins Haus zuzustellen. Es habe sich um die wiederholte Erbringung von gattungsmäßig umschriebenen Leistungen und damit um ein Dauerschuldverhältnis gehandelt und demnach nicht um die Erbringung von in sich geschlossenen Werken im Sinne der §§ 1165 bis 1171 ABGB. Der Ausländer habe Tätigkeiten im Betrieb der KG verrichtet, weil hier der Begriff

"Betrieb" nicht örtlich, sondern funktional zu verstehen sei und der Betriebszweck der KG unter anderem die Zustellung von Zeitungen an Abonnenten gewesen sei.

Da die Zusteller aus dem Entgelt zumindest einen Teil ihres Lebensunterhaltes bestritten hätten und den Vertretungsservice nur gegen Kostenersatz in Anspruch hätten nehmen können, könne angenommen werden, dass die persönliche Zustellung durch den Vertragspartner den Regelfall gebildet hätte. Bei seiner Verhinderung habe der Zusteller zwar eine Ersatzkraft namhaft machen können, diese habe aber mit dem Auftraggeber in Kontakt treten müssen, damit das Funktionieren des Systems und die Vertraulichkeit im Zusammenhang mit den Unterlagen und Schlüsseln gewahrt geblieben wären. Die persönliche Arbeitspflicht des Ausländers sei daher zwar nicht stark, aber in einem mittleren Grad ausgeprägt gewesen. Es scheine in diesem Zusammenhang bedeutsam, dass der Vereinbarung zufolge die Unterlagen ausdrücklich dem Geschäftsgeheimnis unterlegen wären, die Bestandslisten und Zustellbücher täglich zu aktualisieren gewesen seien und die Schlüssel nur an eine vertrauenswürdige Person übergeben hätte werden dürfen.

Zur Weisungsgebundenheit enthalte die Zustellerfibel eine Reihe von Anordnungen zur Nachtzustellung, die im vorliegenden Fall offenbar nicht gegeben gewesen sei. Auch bei der Tagzustellung habe der Zusteller seine Arbeit erst beginnen können, wenn ihm das Zeitungspaket am Abholplatz zu der bestimmten Zeit übergeben worden sei, er habe dann das Zeitlimit von 06.00 Uhr bis 12.00 Uhr einzuhalten gehabt. Auch in Bezug auf den Arbeitsort sei die Bindung des Zustellers nicht weniger stark gewesen. In den Bestandslisten seien die Abonnenten nach Straßen- und Hausnummern geordnet verzeichnet gewesen und es sei kaum denkbar, dass es einem Zusteller möglich gewesen wäre, von der darin festgelegten Reihenfolge der Zustellung abzuweichen, ohne die rechtzeitige und richtige Zustellung zu gefährden.

Die Berichterstattungspflicht des Zustellers habe soweit erkennbar darin bestanden, dass dieser, falls die vereinbarte Vertragserfüllung nicht gewährleistet gewesen wäre, den Gebietsleiter sofort zu verständigen gehabt hätte, dies vor allem, wenn die "unverzügliche ordnungsgemäße Zustellung" für einen Abonnenten, der reklamiert hatte, nicht sichergestellt gewesen wäre.

In Bezug auf Kontrollen lägen keine Beweisergebnisse vor, jedoch lasse sich zusammenfassend sagen, dass der Zusteller in Bezug auf den Ort der Leistungserbringung so gut wie keinen Spielraum gehabt habe. Da ihm ein Zeitrahmen von sechs Stunden zur Verfügung gestanden sei und die Zustellung laut Berufungsvorbringen etwa drei Stunden gedauert habe, habe sich der Zusteller die Zeit in geringem Umfang selbst einteilen können. Er habe sonst noch jene in der Zustellerfibel festgelegten Regeln zu beachten gehabt, die die ordnungsgemäße Zustellung garantieren hätten sollen, wodurch seine Dispositionsmöglichkeit insgesamt in einem mittleren bis starken Grad eingeschränkt gewesen sei.

Nach Punkt XI. der Vereinbarung hätten Tätigkeiten für andere Zeitungsvertriebsorganisationen der Zustimmung des Auftraggebers bedurft. Es hätten somit Nebentätigkeiten anderer Art, wie Taxifahren und Pizzazustellen ohne Zustimmung der KG durchgeführt werden können, das heißt die Zusteller seien nicht gehalten gewesen, ihre gesamte Arbeitskraft für die KG einzusetzen bzw. laufend zur Verfügung zu halten. Nach der Aussage des Drittbeschwerdeführers hätten etliche Zusteller daneben auch für die M GmbH gearbeitet, ohne dass die KG darum gefragt worden wäre. Möge nun diese Aussage zutreffen oder nicht, es stehe fest, dass die Zusteller neben ihrer Zustelltätigkeit auf eine weitere Einkommensquelle angewiesen gewesen wären. Zusammenfassend habe sohin die Ausgestaltung des Konkurrenzverbotes nur eine relativ geringe Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeit der Auftragnehmer gebildet.

Zur Beistellung der Arbeitsmittel führte die belangte Behörde aus, dass für die Zustellung von Zeitungen ein Fahrrad zwar nicht zwingend erforderlich aber zweifellos äußerst nützlich sei, sodass es in der Regel hiefür auch zu Hilfe genommen werde, wie dies auch im vorliegenden Fall geschehen sei. Demgegenüber habe der Auftraggeber Haustürschlüssel, Adresslisten und Zustellbücher beigestellt. Der Besitz und die Beistellung eines Fahrrades durch den Zusteller bedeute nicht, dass dieser über eine unternehmerische Struktur verfügt hätte. Das "Arbeitsmittel" sei auch nichts für die Erbringung der Arbeit Typisches, wie dies etwa bei einem Fahrradbotendienst der Fall sei und diene auch der privaten Nutzung. Demgegenüber habe es sich bei den Schlüsseln, den Listen und den Zustellbüchern um notwendige Dinge gehandelt, ohne die die Zustellung nicht hätte durchgeführt werden können. Da insgesamt nur

wenige Arbeitsmittel erforderlich gewesen seien und jenen, die der Auftraggeber beigestellt habe, die wesentlichere Bedeutung zugekommen sei, liege insgesamt in zumindest leichter Ausprägung ein Merkmal vor, das für wirtschaftliche Unselbständigkeit spreche.

Hinsichtlich der Entgeltlichkeit werde festgehalten, dass das Entgelt jeweils im Voraus an Hand der Tarifblätter vereinbart worden sei, wobei die Höhe der Entlohnung pro Stückzahl von der Tour abhängig gewesen sei. Aus der Natur der Tätigkeit ergebe sich eine Bezahlung des Entgelts in regelmäßigen Abständen, dies sei ein Umstand, der auf wirtschaftliche Unselbständigkeit hindeute.

Betrachte man zusammenfassend die Natur des vereinbarten Vertrages als Dauerschuldverhältnis, das auf wiederholte Erbringung von Leistungen gerichtet gewesen sei, die als mittel gewichtete persönliche Arbeitspflicht, die in Bezug auf den Arbeitsort stark, in Bezug auf andere Spezifika mittel ausgeprägte Weisungsgebundenheit, die schwache Bedeutung des Konkurrenzverbotes, die Unentbehrlichkeit der vom Auftraggeber beigestellten Arbeitsmittel, aber die relative Entbehrlichkeit des vom Zusteller beigestellten Fahrrades und schließlich die regelmäßige Entlohnung, so zeige sich, dass die meisten Kriterien, wenn auch in verschieden starkem Maß im Ergebnis für wirtschaftliche Unselbständigkeit sprächen, während die gegenteiligen Merkmale nicht oder nur schwach ausgeprägt seien. Es könne auf sich beruhen, ob der Grad der Ausprägung der Weisungen die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit rechtfertige, da dies für eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs 2 AuslBG nicht wesentlich sei. Daraus folge, dass im vorliegenden Fall S in wirtschaftlicher Unselbständigkeit ohne die dazu nach dem AuslBG erforderliche Bewilligung beschäftigt worden sei, weshalb ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 AuslBG vorliege.

Der Erst- und der Zweitbeschwerdeführer hätten ihre Verantwortlichkeit mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenverteilung in der von ihnen vertretenen KG bestritten, nach welcher der Drittbeschwerdeführer für das operative Geschäft zuständig gewesen sei. Sie hätten jedoch nicht vorgebracht, dass sie diesen entsprechend kontrolliert hätten, und damit hätten sie nicht im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft gemacht, dass sie an der Verletzung des von ihnen übertretenen Verbotes kein Verschulden treffe. Damit hafteten auch sie als handelsrechtliche Geschäftsführer der P GesmbH, die persönlich haftende Gesellschafterin der P GesmbH & Co KG sei, im Grunde des § 9 Abs. 1 VStG für die gegenständliche Übertretung.

Hinsichtlich der Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass die Beschwerdeführer unbescholten seien, weitere Milderungsgründe seien nicht hervorgekommen. Die Verhängung der Mindeststrafe sei daher angemessen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen:

Die hier anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 i. d.F. BGBl. I Nr. 78/1997, 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, BGBl. 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 Sachverhaltes maßgebend. ...

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein 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 dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15 und 4c) ausgestellt wurde, ...

...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafen von 10 000 S bis zu 60 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20 000 S bis zu 120 000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20 000 S bis zu 120 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40 000 S bis zu 240 000 S;

..."

Die Beschwerdeführer bestreiten nicht, dass der verfahrensgegenständliche Ausländer zu dem im Bescheid der Behörde erster Instanz angeführten Zeitpunkt für das von ihnen vertretene Unternehmen in Wien Zeitungen zugestellt haben. Sie vertreten auch nicht den Standpunkt, dass der Ausländer seine Tätigkeit auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt habe.

Die Beschwerdeführer wenden sich aber gegen die Beurteilung der belangten Behörde, dass der Ausländer zu dem von ihnen vertretenen Unternehmen in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gestanden sei.

In diesem Zusammenhang ist von § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG und der zur Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auszugehen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 12. Februar 1986, Zl. 84/11/0234, vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, vom 15. Dezember 1994, Zl. 94/09/0085, vom 16. Dezember 1997, Zl. 96/09/0328, vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0185, vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0011, und vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153). Demnach ist nicht die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung (zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger) entscheidend, sondern die wirtschaftliche Unselbständigkeit 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 von einander, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl und Stärke (Gewicht) bewertet werden.

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des

einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann.

Die Beschwerdeführer meinen, eine wirtschaftliche Abhängigkeit des für das von ihnen vertretene Unternehmen tätigen Ausländers sei nicht in einem ausreichenden Maß gegeben gewesen, um von einer wirtschaftlichen Unselbständigkeit sprechen zu können. Der Auftragnehmer sei weder dazu verpflichtet gewesen, die Arbeitsleistung selbst zu erbringen, noch habe das zeitliche Ausmaß seiner Tätigkeit selbst im Fall, dass er stets selbst den Vertrag erfüllt habe, einen Umfang erreicht, der es ihm unmöglich gemacht hätte, seine Arbeitskraft anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Der Ausländer sei nur etwa für drei Stunden in einem Zeitraum zwischen 6.00 Uhr und 12.00 Uhr tätig gewesen. Es sei ihm ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden, für einen anderen Auftraggeber oder gar Dienstgeber tätig zu werden, etwa in der Gastronomie.

Mit diesen Ausführungen zeigen die 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 des Ausländers, seine Arbeitskraft am Arbeitsmarkt anderweitig einzusetzen, durch sein mit dem von den Beschwerdeführern vertretenen Unternehmen bestehendes Verhältnis jedenfalls in jenem Zeitraum, in welchem er grundsätzlich regelmäßige Arbeitsleistungen für dieses erbrachte, durchaus eingeschränkt gewesen ist.

Auch die organisatorische Eingliederung des Ausländers in die von den Beschwerdeführern vertretenen Unternehmen vorgegebenen Abläufe und sohin seine organisatorische Abhängigkeit wurde von der belangten Behörde zutreffend als beträchtlich und somit seine Dispositionsmöglichkeit bei der Besorgung seiner Aufgaben richtig als in einem mittleren bis starken Grad eingeschränkt beurteilt. Bei der dem Ausländer aufgetragenen wiederholten Erbringung von gattungsmäßig umschriebenen Leistungen, nämlich der Zustellung von Tageszeitungen an bestimmte Adressen, hatte sich der Ausländer tatsächlich an eine in einer ihm übergebenen Liste festgelegten Reihenfolge der Zustellung zu halten, der Ausländer hatte eine Berichterstattungspflicht und noch andere in der Zustellerfibel festgelegten Regeln zu beachten. Es lag daher eine Weisungsgebundenheit des Ausländers in Bezug auf Arbeitsleistung und arbeitsbezogenes Verhalten vor.

Die Beschwerdeführer berücksichtigen nicht ausreichend, dass die Arbeit des Ausländers, die in der Ausübung einer einfachen Zustelltätigkeit bestand, von der von ihnen vertretenen KG organisiert und in den Rahmen der Erfüllung von deren Aufgabe eingegliedert war. 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).

Wenn die Beschwerdeführer ausführen, das Vorliegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit sei deswegen zu verneinen gewesen, weil dem Ausländer die Möglichkeit vertraglich zugesichert gewesen sei, sich bei Erfüllung des ihm übertragenen Auftrages vertreten lassen zu können, so ist - wie die belangte Behörde schlüssig festgestellt hat - nicht zu ersehen, inwiefern diesem Umstand eine praktische Bedeutung zugekommen wäre.

Die Beschwerdeführer machen geltend, der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 18. Jänner 2001, Zl. 99/09/0011, die Tätigkeit von Ausländern, Zeitungen zu Sammelplätzen zu bringen, wo sie von Zustellern abgeholt würden, sowie am Wochenende Selbstbedienungszeitungstaschen anzubringen, als nicht im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses nach dem AuslBG, sondern als eine in Erfüllung eines Werkvertrages erfolgte Tätigkeit qualifiziert. Ebenso wäre auch der gegenständliche Fall zu beurteilen gewesen.

Dazu ist darauf hinzuweisen, dass sich der der angeführten Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt vom vorliegenden Sachverhalt doch insoferne unterscheidet, dass darin die Dauer der zu erbringenden Leistung eine kürzere als im vorliegenden Fall gewesen ist. Der angeführte Fall unterscheidet sich vom vorliegenden Fall aber auch durch den bereits in der angeführten Entscheidung als wesentlich hervorgehobenen Umstand, dass in diesem Fall die Frachttätigkeiten (Zustellung von Zeitungspaketen zu Sammelplätzen) mit dem vom Auftragnehmer beigestellten "Betriebsmittel" eines KFZ zu bewerkstelligen waren und die Zurverfügungstellung eines Kraftfahrzeuges als unabdingbare Voraussetzung für die Erfüllung der übertragenen Frachtaufträge gewertet wurde. Dem steht im vorliegenden Fall die - auch von den Beschwerdeführern nicht in Zweifel gezogene - Beurteilung der belangten Behörde gegenüber, dass die Verwendung eines Fahrrads als Arbeitsmittel für die Erfüllung der Aufgaben des Zeitungszustellers nicht unbedingt erforderlich war.

Zwar trifft die Rüge der Beschwerdeführer zu, dass es sich bei den dem Ausländer übergebenen Zustelllisten nicht um "Betriebsmittel", sondern bloß um Aufzeichnungen, mit denen die Leistungspflicht des Ausländers konkretisiert wurde, handelt. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass die dem Ausländer im vorliegenden Fall übertragene Tätigkeit der Zustellung von Zeitungen zu Wohnungen als eine einfache, im unmittelbaren Arbeitsablauf zu besorgende Tätigkeit zu qualifizieren war, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird. Solche Tätigkeiten, wie etwa das Einlegen von Werbematerial oder Aufkleben von Stickern (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Oktober 1999, Zl. 98/09/0033, m.w.N.), die Tätigkeit als Werbemittelverteiler (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153), die Tätigkeit als Schneeräumer mit einem firmeneigenen Schneeräumgerät nach einem vorgegebenen Plan (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, und vom 4. September 2003, Zl. 2001/09/0060), die Tätigkeit als Verpacker (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2001/09/0236), die Tätigkeit als Fleischzerleger und Entknocher (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2003, Zl. 2001/09/0067) oder auch die Tätigkeit als Verkäufer von Getränken als "Pächter" eines Kiosks (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 1997, Zl. 96/09/0328), wurden als arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten gewertet, die derart durch die Vorgaben des Auftraggebers vorherbestimmt sind, dass sie als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren waren und auch in wirtschaftlicher Hinsicht für den Ausländer keine reale Möglichkeit bestand, von dem ihm vorbehaltenen Recht, Hilfspersonal einzustellen, auch tatsächlich Gebrauch zu machen.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass eine ähnliche Beurteilung hinsichtlich die Tätigkeit des Prospektverteilers vor dem Hintergrund des § 4 Abs. 2 ASVG als Arbeitnehmer erfolgte (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 2004, Zl. 2001/08/0026).

Für das Vorliegen einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit spricht im vorliegenden Fall - wie die belangte Behörde zutreffend in ihrer Gegenschrift ausführt - auch der Umstand, dass der Ausländer seine Tätigkeit nur für ein bestimmtes Unternehmen, nämlich für das von den Beschwerdeführern vertretene Unternehmen, allenfalls auch für einzelne andere ausgeübt hat, nicht aber für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern, wie es bei einer selbstständigen Tätigkeit der Fall wäre.

Soweit die Beschwerdeführer der belangten Behörde in diesem Zusammenhang vorwerfen, sie hätte Ermittlungen dahingehend durchführen müssen, ob der Ausländer im vorliegenden Fall "auf dem Markt" wie ein Unternehmer aufgetreten sei, indem er eben nicht nur für das von ihnen vertretene Unternehmen, sondern auch für andere Auftraggeber tätig geworden wäre, zeigen sie keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil es nicht Aufgabe der Behörde im Verwaltungsstrafverfahren ist, solche von Beschuldigten gewünschten Erkundungsbeweise

aufzunehmen. Vielmehr wäre es den Beschwerdeführern im Verwaltungsverfahren oblegen, ein derartiges, durch eine entsprechende sachverhaltsmäßige Grundlage untermauertes Vorbringen zu erstatten, was sie jedoch unterlassen haben.

Soweit die Beschwerdeführer den angefochtenen Bescheid deswegen für rechtswidrig halten, weil darin ohne konkrete Beweisergebnisse unterstellt werde, dass die Zustellfibel auch auf das Vertragsverhältnis des S anzuwenden gewesen wäre, zeigen sie keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil der Drittbeschwerdeführer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, dass zur Tatzeit für die Zusteller im Prinzip die gleichen Bedingungen gegolten hätten. Es ist daher nicht unschlüssig, wenn die belangte Behörde ihre diesbezügliche Feststellung auf eine Aussage eines der Beschwerdeführer selbst stützte.

Die von den Beschwerdeführern behauptete Rechtswidrigkeit liegt daher nicht vor, weshalb die Beschwerden gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen waren.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 22. Februar 2006

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2006:2002090187.X00

Im RIS seit

28.03.2006

Zuletzt aktualisiert am

30.03.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at