

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

24.03.2009

Geschäftszahl

2008/09/0082

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. Jantschgi, in der Beschwerdesache des K S in Wien, vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner, Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Kaiser-Franz-Josef Kai 70, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 26. März 2007, Zl. UVS-07/AV/35/8069/2006-36, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 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 26. März 2007 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen berufenes Organ im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG der G. GmbH mit Sitz in W. zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin 118 näher bezeichnete ausländische Staatsangehörige zu näher beschriebenen, zwischen 1. Mai und 9. Juni 2004 gelegenen Tatzeiträumen, entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG als "Werbemittelverteiler" beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei.

Über den Beschwerdeführer wurden nach dem dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG unter Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts 118 Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.000,-, insgesamt daher EUR 118.000,- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 2 Tagen, insgesamt daher 236 Tage) verhängt.

Hingegen wurde das Verwaltungsstrafverfahren wegen der Beschäftigung von zwei weiteren Ausländern eingestellt.

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

Sämtliche in diesem Fall betroffene Ausländer seien - dem Vorbringen des Beschwerdeführers zufolge - auf Grund desselben Rahmenwerkvertrages tätig gewesen, dessen Inhalt wie folgt gelautet habe:

"RAHMENWERKVERTRAG

abgeschlossen zwischen der

G. GmbH.

...

im folgenden kurz 'Auftraggeberin' genannt,

einerseits
und Herrn/Frau ..., geboren am ...
wohnhaft in ...
im folgenden kurz 'Auftragnehmer' genannt,
andererseits,
wie folgt:

1. Präambel

1.1. Herr/Frau beabsichtigt, für die
Auftraggeberin aufgrund gewerberechtlicher Vorschriften als selbständiger Werbemittelverteiler tätig zu werden.

1.2. Gegenstand des Unternehmens der Auftraggeberin ist die Verteilung von Werbe- und Informationsmaterial sowie Sammelboxen direkt an Haushalte zum festgesetzten Termin in einem vereinbarten Verteilungsgebiet. Um die Aufträge der Kunden der Auftraggeberin zu erfüllen, vergibt dieser 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 vom Auftraggeber angebotenen Auftrag anzunehmen oder zu erfüllen.

2.2. Der Auftragnehmer übernimmt jeweils für ein von ihm akzeptiertes Verteilungsgebiet Werbemittel bzw. Sammelboxen zur Verteilung. Der Auftragnehmer ist bei der Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit in Zeiteinteilung, Dauer und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes an keinerlei Weisungen des Auftraggebers 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. Sollte es dem Auftragnehmer, aus welchem Grunde auch immer, nicht möglich sein, den übernommenen Auftrag, ganz oder auch nur teilweise, zu erfüllen, hat er das Recht, jederzeit ohne Angabe von Gründen die Verteilungstätigkeit für die Auftraggeberin zu beenden bzw. von der Vereinbarung zurückzutreten; noch nicht verteiltes Werbematerial und Sammelboxen sind unverzüglich zurückzustellen.

2.4. 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 dem Auftraggeber kein wie immer geartetes Vertragsverhältnis. Die Honorierung des Vertreters bzw. des Helfers erfolgt ausschließlich durch den Auftragnehmer entsprechend dem zwischen diesem und seiner Vertretung/seinem 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.

3. Honorierung

3.1. Die Honorierung der Verteilung ist in einem Beiblatt zu diesem Vertrag schriftlich festzuhalten und in jedem Magazin ausgehängt.

3.2. Das Honorar ist gegen Legen einer entsprechenden Rechnung auf ein von Auftragnehmer und 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 (Aufzugsgebühren, Telefonkosten, etc.) selbst zu tragen.

4.2. Der Auftragnehmer hat auch die Möglichkeit, die erforderlichen Betriebs- und Hilfsmittel (z.B. 'Handwagerl') gegen gesonderte Vergütung und Kautions von der Auftraggeberin anzumieten.

5. Konkurrenzklausele

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, die die Auftraggeberin mit seinem Kunden getroffen hat, nicht zuwiderlaufen.

6. Leistungsstörungen, Haftung

6.1. Die Auftraggeberin ist zum Zwecke der Feststellung der Einhaltung der Auftragsvergaben (Zustellgenauigkeit, Gebietsvereinbarung, Beachtung von Hinweisen der Unerwünschtheit von Prospektverteilung, kein Ablegen der Prospekte vor Wohnung/Haustüre. 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 dem Auftraggeber nicht disziplinar unterstellt.

6.2. Der Auftraggeber 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 Selbstständiger 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 gewerblichen 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 bekanntgegebene 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 bekanntgegebene 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."

Im Weiteren stützte die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid im Wesentlichen auf folgende Erwägungen:

"Mit den verfahrensgegenständlichen Ausländern wurde jeweils der oben wiedergegebene 'Rahmenwerkvertrag' abgeschlossen, aus dem kein umgrenztes, vereinbarungsgemäß umschriebenes Werk hervorgeht, sondern lediglich die unbefristete Verpflichtung des Verteilers für Werbemittelverteilungen zur Verfügung zu stehen. Die Verteiler fanden sich möglichst früh in der Zeit zwischen 06.00 Uhr und 08.00 Uhr im Lager in W. ein und wählten aus den vom jeweiligen Kontrolleur aufgelegten 'Einsatzzetteln' einen oder auch mehrere aus. Vom Kontrolleur wurde dann aufgeschrieben, wer sich welches Gebiet 'genommen' hat. Anhand der 'Einsatzzettel' bekamen die Verteiler im Lager das jeweilige Werbematerial ausgehändigt und begaben sich diese damit in ihr Zustellgebiet, um das Werbematerial möglichst noch am selben Tag nach den Vorgaben der G.

GmbH zu verteilen. Auf dem 'Einsatzzettel' waren die Zustelladressen aufgelistet und befand sich auf dessen Rückseite ein Lageplan. Im Lager selbst gab es bildliche Darstellungen mit textlichen Erläuterungen, wo und wie die Zustellung vorzunehmen war. So wurden die Verteiler ua auch im Zuge einer Einschulung darauf hingewiesen, dass sie an Haushalte mit einem Aufkleber 'Kein Werbematerial' nicht zustellen dürften. Die im Lager beschäftigten Arbeitnehmer der G. GmbH erstellten täglich Listen, in denen die Verteilungsgebiete der einzelnen Verteiler angeführt waren. Diese Listen wurden an die Verrechnungsstelle der G. GmbH weitergeleitet, die dann anhand dieser Listen eine monatliche Abrechnung für jeden Verteiler erstellte und erfolgte eine monatliche Überweisung des Entgelts auf das Konto jedes Verteilers, dessen Höhe von der Anzahl der verteilten Werbemittel und der Struktur des jeweiligen Rayons abhängig war. Der Verteiler hatte auf seinem 'Einsatzzettel' jene Adressen, an denen er eine Verteilung vorgenommen hat, abzhaken und musste er diesen Zettel nach Vollendung seiner Arbeit bzw bei seinem nächsten Arbeitsantritt abgeben. Im Fall einer Vertretung, wurde das Entgelt für die vom Vertreter erbrachten Leistungen direkt an den Vertretenen und nicht an den Vertreter ausbezahlt. Die Verteiler bekamen von der G. GmbH jedenfalls einen Generalschlüssel mit einer Bestätigung, dass sie diesen Schlüssel auch benützen durften, Plastiksackerln zum Anbringen des Werbematerials an den Türgriffen und gegen Kautio auch ein Handwagerl. Die Verteilung der Werbemittel wurde von sogenannten Kontrolleuren überprüft. Stellte dieser eine mangelhaften Verteilung des Werbematerials fest, wurde der betreffende Verteiler zunächst gerügt und im Wiederholungsfall wurde das Vertragsverhältnis gekündigt.

In Anbetracht der festgestellten Umstände, unter denen die verfahrensgegenständlichen Ausländer tatsächlich für die G. GmbH tätig waren, kommt den vom Berufungswerber vorgelegten Rahmenwerkverträgen, die abstrakt für eine selbständige Tätigkeit sprechen, kein entscheidendes Gewicht zu. ... Abweichend von den 'Rahmenwerkverträgen' (so etwa die auf derartige Weise niemals praktizierte Bestimmung im Punkt 2.2. des Rahmenwerkvertrages, wonach der Auftragnehmer 'jeweils für ein von ihm akzeptiertes Verteilungsgebiet Werbemittel bzw Sammelboxen zur Verteilung' übernimmt und 'bei Durchführung der von ihm übernommenen Tätigkeit in Zeiteinteilung, Dauer und Gestaltung des Tätigkeitsablaufes an keinerlei Weisungen des Auftraggebers' und 'an keine Arbeitszeitvorgaben gebunden' sei, 'sondern frei darüber entscheiden' könne, 'zu welchen Zeiten er die Aufträge (Werke) erfüllt' ebenso wie die Bestimmung im Punkt 3.2., wonach 'das Honorar gegen Legen einer entsprechenden Rechnung' zu überweisen ist), denen kein fest umgrenztes, vereinbarungsgemäß umschriebenes 'Werk' entnommen werden kann, erbrachten die Ausländer regelmäßig wiederkehrende Leistungen und waren bei der Leistungserbringung in der Weise beschränkt, dass sie die Verteilung von Werbematerial in einem bestimmten Zustellgebiet entsprechend dem 'Einsatzzettel' und den Anweisungen, in welcher Weise Zustellungen vorzunehmen sind, grundsätzlich noch am selben Tag vorzunehmen hatten. Die Ausländer verfügten über keine Betriebsstätte und erhielten bei Bedarf jedenfalls ein 'Handwagerl' gegen Kautio, Plastiksackerln zum Anbringen des Werbematerials an den Türgriffen und einen Generalschlüssel zum Öffnen der Haustore samt Bestätigung hinsichtlich ihrer Benützungsberechtigung (so die durchaus glaubwürdigen Angaben des Zeugen U., denen der Berufungswerber in der Berufungsverhandlung vom 1.2.2007 auch nicht entgegengetreten ist). Sie nahmen auch die Rechnungslegung selbst nicht vor. Diese erfolgte durch die Verrechnungsstelle der G. GmbH. Zur laut Rahmenwerkvertrag dem Verteiler eingeräumten Möglichkeit des Vertretungsrechtes ist festzuhalten, dass sich den Angaben des Berufungswerbers, wonach manche Zusteller durch das Schicken eines Vertreters lediglich dokumentieren wollten, dass ihnen der Auftrag wichtig sei und in diesem Fall einen Vertreter, meist ein Familienmitglied oder einen Freund, schicken würden, wobei rein theoretisch eine solche Person auch direkt mit der G. GmbH einen Werkvertrag abschließen hätte können, bereits entnehmen lässt, dass der vertraglich vorgesehenen Möglichkeit der Vertretung eine nur geringe praktische Bedeutung zugekommen und faktisch nur ausnahmsweise durch Familienangehörige oder Freunde in Betracht gekommen ist. Dass eine Vertretung in der Regel auch gar nicht im Interesse eines Verteilers gelegen sein dürfte, ergibt sich aus den diesbezüglichen Angaben des Zeugen U., der immerhin 17 Jahre als Werbemittelverteiler tätig war und im Krankheitsfall keinen Vertreter entsandt hat, um sich nicht dadurch zusätzliche Konkurrenten zu schaffen. Für das Vorliegen einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit spricht aber auch der Umstand, dass die verfahrensgegenständlichen Ausländer ihre Tätigkeit nur für die G. GmbH und allenfalls auch für einzelne andere Werbemittelverteilungsunternehmen ausgeübt haben, nicht aber für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern, wie es bei einer selbständigen Tätigkeit der Fall wäre (vgl VwGH 22.2.2006, 2002/09/0187). ... Zur 'leistungsbezogenen' Entlohnung der Verteiler ist auszuführen, dass eine solche mit einem an der Erledigung von Stückzahlen orientierten Entgelt (etwa Akkordlohn) bei Dienstverträgen durchaus üblich ist und diese auch nicht für eine Tätigkeit der Ausländer als selbständige Unternehmer spricht (vgl VwGH 27.10.1999, 98/09/0033 bis 0036; VwGH 25.2.2004, 2001/09/0195). Auch hinsichtlich der von der G. GmbH ausgeübten Kontrolle der verfahrensgegenständlichen Ausländer ist im vorliegenden Fall aufgrund der obigen Feststellungen davon auszugehen, dass diese Kontrollen inhaltlich als 'Disziplinarmaßnahmen' anzusehen bzw diesen gleichzuhalten sind und die Ausländer tatsächlich nicht als selbständige Unternehmer, sondern wie Dienstnehmer behandelt wurden. Auch die Gesamtbetrachtung aller für oder gegen ein arbeits- oder arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechenden Umstände führt vor dem Hintergrund, dass der 'Rahmenwerkvertrag' als Scheinvertrag zur Verschleierung eines Beschäftigungsverhältnisses zu qualifizieren ist, in den verfahrensgegenständlichen Fällen daher zu dem Ergebnis, dass die für ein Arbeitsverhältnis (arbeitnehmerähnliches Verhältnis) sprechenden Elemente jedenfalls überwiegen."

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen den verurteilenden Teil dieses Bescheides richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, sah von der Erstattung einer Gegenschrift ab und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

II. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der gegenständliche Fall gleicht in allen wesentlichen Umständen demjenigen, der dem - einen zur dortigen Tatzeit rechtswirksam bestellten verantwortlichen Beauftragten der R. GmbH, der von der gleichen Rechtsanwältin GmbH vertreten wurde, betreffenden - hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0105, zu Grunde liegt. In der Begründung zu diesem Erkenntnis, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, hat der Verwaltungsgerichtshof (u.a.) dargelegt:

"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. hierzu 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 von dem Beschwerdeführer vertretenen Unternehmen bestehenden Verhältnis jedenfalls in jenem Zeitraum, in welchem sie grundsätzlich regelmäßige 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."

Der gegenständlichen Beschwerde, die sich mit der im Wesentlichen gleichlautenden Argumentation wie im oben genannten, zur hg. Zl. 2008/09/0105 geführten Beschwerdeverfahren, gegen die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes wendet, wonach die Ausländer von der G. GmbH in einem nach dem AusLBG bewilligungspflichtigen arbeitnehmerähnlichen Verhältnis verwendet worden seien, war damit aus den gleichen Gründen der Erfolg zu versagen, zumal auch die zum konkreten Fall erhobenen weiteren Einwände ins Leere gehen:

Soweit der Beschwerdeführer auch die Feststellung der belangten Behörde bekämpft, wonach die Zustellungen noch am selben Tag vorzunehmen gewesen wären, und dazu behauptet, dass dies den protokollierten Aussagen widersprechen würde, aus denen übereinstimmend hervorgehe, dass im Regelfall eine Zeitspanne von drei Tagen zur freien Disposition zur Verfügung gestanden hätte und letztlich der Tag entscheiden gewesen sei, zu dem vertragsgemäß die Produkte zugestellt sein mussten, ist ihm Folgendes zu entgegen:

Die Aussage des Beschwerdeführers in der Verhandlung vom 1. Februar 2007 lautete in diesem Zusammenhang wie folgt:

"Der Zusteller holt sich, nachdem er sein Gebiet zugewiesen bekommen hat, das Material im Lager ab und verteilt es noch am selben Tag in seinem Zustellgebiet. Es ist so, dass die G. GmbH drei Tage Zeit hat, einen Verteilungsauftrag zu erledigen. In dieser Zeit müssen die Werbezettel verteilt sein, dazu ist die G. GmbH gegenüber ihrem Auftraggeber verpflichtet. Praktisch läuft das so ab, dass ein Zusteller sein Gebiet zugewiesen bekommt, ins Lager geht, sich das Werbematerial holt und gleich darauf in sein Zustellgebiet fährt, um das Werbematerial zu verteilen. Es wäre unsinnig, wenn ein Zusteller sich das Material holen würde und das Material spazieren fahren würde. Die Zusteller kommen ja, um Material sofort zuzustellen."

Der Zeuge U., der seit 1990 und zu den Tatzeiträumen als Werbemittelverteiler sowie später als Kontrolleur bei der G. GmbH tätig gewesen ist, gab dazu in der Verhandlung vom 1. Februar 2007 an:

"... Wenn ich mir in der Früh einen 'Zettel' geholt habe, so musste ich noch am selben Tag mit der Zustellung des Werbematerials für dieses Zustellgebiet beginnen. Wenn ich am selben Tag mit der Zustellung nicht fertig

geworden bin, so habe ich den Kontrollierer angerufen und ihm mitgeteilt, dass ich den Rest am nächsten Tag zustellen werde. Es kam auch vor, dass ich in einem solchen Fall einen Bekannten angerufen habe, der mir dann geholfen hat, die Zettel noch am selben Tag zu verteilen."

Aus diesen von der Beschwerde ins Treffen geführten Aussagen des Beschwerdeführers und des Zeugen U. vermag der Verwaltungsgerichtshof keinen relevanten Widerspruch zum festgestellten Sachverhalt der belangten Behörde erblicken, die daraus nachvollziehbar (zusammenfassend) abgeleitet hat:

"..., erbrachten die Ausländer regelmäßig wiederkehrende Leistungen und waren bei der Leistungserbringung in der Weise beschränkt, dass sie die Verteilung von Werbematerial in einem bestimmten Zustellgebiet entsprechend dem 'Einsatzzettel' und den Anweisungen, in welcher Weise Zustellungen vorzunehmen sind, grundsätzlich noch am selben Tag vorzunehmen hatten."

(Unterstreichung durch den Verwaltungsgerichtshof).

Außerdem ist festzuhalten, dass selbst bei Ausschöpfung der Möglichkeit seitens des Werbemittelverteilers, die Zustellung innerhalb von drei Tagen nach Abholung des Werbematerials aus dem Lager, dadurch keine für das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung wesentliche Änderung eintreten würde.

Ebenso kann der Beschwerdeführer hinsichtlich der monierten Unterlassung der beantragten zeugenschaftlichen Einvernahme des Herrn S. und einer Vielzahl von (weiteren) Werbemittelverteiler mit seinem Vorbringen, dies hätte zu Tage gebracht, dass tatsächlich in erheblichem Umfang Vertragsverhältnisse zu anderen Werbemittelverteilungsunternehmen vorgelegen seien bzw. hätte (die Einvernahme des Zeugen S. zu essenziellen Beweisthemen wie der vermeintlichen Berichterstattungspflicht der Verteiler, der Zuordnung von Verteilungsgebieten und Materialien zu bestimmten Personen sowie der Vertretungspraxis der Ausländer bei der Leistungserbringung) weitere Aspekte ergeben, die für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit der Verteiler sprechen würden, keine Relevanz für den Verfahrensausgang unter dem Gesichtspunkt der oben aufgezeigten Kriterien bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung dartun.

Letztlich ist auch der Einwand von Begründungsmängeln und unzureichenden Ermittlungen verfehlt:

Gemäß § 60 AVG, der gemäß § 67 AVG für Berufungsbescheide gilt, sind in der Begründung eines Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (§§ 37 ff AVG), die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Dies erfordert in einem ersten Schritt die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugängliche konkrete Feststellung des der Entscheidung zugrundegelegten Sachverhaltes, in einem zweiten Schritt die Angabe jener Gründe, welche die Behörde im Falle des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch des Bescheides geführt haben (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. Juni 1995, Zl. 92/07/0184). Die genannte Zusammenfassung wird in Bezug auf die Beweiswürdigung kurz ausfallen können, wenn keine einander widersprechenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vorliegen. Bei Widersprüchen zwischen den Behauptungen und Angaben der Verfahrenspartei und sonstigen Ermittlungsergebnissen bedarf es aber einer klaren und übersichtlichen Zusammenfassung der maßgeblichen, bei der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen, damit der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung der Behörde auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit überprüfen kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2005, Zl. 2002/08/0106). Nicht oder unzureichend begründende Bescheide hindern den Verwaltungsgerichtshof, seiner Rechtskontrollaufgabe, wie sie im § 41 Abs. 1 VwGG zum Ausdruck kommt, insoweit zu entsprechen, als derartige Bescheide inhaltlich auch keine Überprüfung "auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhaltes" zulassen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 2004, Zl. 2001/08/0020).

Diesen Anforderungen wird der angefochtene Bescheid gerecht:

Die belangte Behörde hat neben den Erwägungen zur Beweiswürdigung in der weiteren Begründung des angefochtenen Bescheides die für die rechtliche Beurteilung wesentlichen und für die gebotene Gesamtbetrachtung des Vertragsverhältnisses zwischen der G. GmbH und den betroffenen Werbemittelverteilern nach den Regeln des "beweglichen Systems" ausreichenden Sachverhaltselemente angeführt und ist in ihrer klaren und übersichtlichen sowie zutreffenden rechtlichen Subsumption zu einem im Umfang des Beschwerdegegenstandes abschlägigen Ergebnis gelangt. Damit hält die Begründung des angefochtenen Bescheides einer nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof stand (vgl. zu den Erfordernissen unter anderem die hg. Erkenntnisse vom 12. September 1996, Zl. 95/20/0666, und 25. Februar 2004, Zl. 2003/12/0027).

Die Beschwerde war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 24. März 2009