

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

22.04.2010

Geschäftszahl

2008/09/0295

Beachte**Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

2008/09/0294 E 22. April 2010

2009/09/0050 E 29. April 2011

2008/09/0227 E 18. Mai 2010

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie Senatspräsidentin Dr. Händschke und Hofrat Dr. Bachler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde der Mag. A S in W, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20/1/3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 30. Juli 2008, Zl. UVS- 07/A/39/10866/2007-21, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen angefochtenen Bescheid wurde die Beschwerdeführerin in Erledigung ihrer Berufung gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den XY Bezirk, vom 23. November 2007 schuldig erkannt, sie habe es als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der M. GmbH, die alleiniger persönlich haftender Gesellschafter der M. GmbH & Co KG sei, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeber mit Sitz in Wien vom 27. Dezember 2004 bis 21. Juni 2005 in ihrem Betrieb einen namentlich genannten kroatischen Staatsangehörigen als Zeitungszusteller in einem bestimmten Verteilergebiet zur Durchführung von Verteilertätigkeiten beschäftigt habe, obwohl für diesen Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei und der Ausländer auch nicht im Besitze einer für diese Beschäftigung gültigen Arbeitserlaubnis eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises gewesen sei.

Wegen Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage) verhängt.

Die belangte Behörde legte ihrer Entscheidung folgenden Sachverhalt zu Grunde (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Die Berufungswerberin war im Tatzeitraum handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit zur Vertretung nach außen berufenes Organ der M. GmbH, welche alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der M. GmbH & Co KG ist. Nach der internen Geschäftsverteilung war im Tatzeitraum Herr F. für den Bereich der Hauszustellungen verantwortlich.

Der kroatischen Staatsbürger MT hat am 27.12.2004 mit der M. GmbH & Co KG als Auftraggeberin einen sogenannten 'Abonnentenbetreuungsvertrag' abgeschlossen, welcher u.a. die folgenden wesentlichen Vereinbarungen enthält:

Der Zusteller übernimmt als Auftragnehmer die Abonnentenbetreuung (wie z.B. Zustellung der Vertriebsobjekte und Werbemittel, gegebenenfalls Inkasso der Abonnentengebühren, Abonnentenwerbung, Bearbeitung von Abonnenten-Kündigungen) in einem vom Auftraggeber bezeichneten Gebiet. Eine Änderung dieses vom Auftraggeber angebotenen und vom Auftragnehmer gewählten Gebiets, ist nur mit beiderseitiger Zustimmung möglich (Punkt I. des Vertrages).

Punkt II. des Vertrages verpflichtet den Zusteller die ihm übergebenen Zeitungen am gleichen Tag bis 06.00 Uhr den Kunden jeweils am vereinbarten Platz zuzustellen.

Der Auftraggeber übergibt laut Punkt III. des Vertrages dem Auftragnehmer ein Verzeichnis mit den Abonnenten seines Gebietes. Dazu bestimmt der Vertrag, dass dieses Verzeichnis (Hauptliste) bei jeder Veränderung des Abonnentenstandes im übergebenen Gebiet durch eine Ergänzung aktualisiert wird (Nachtragsliste). Diese Listen sind dem Auftraggeber bei Beendigung des Vertragsverhältnisses - so wie die dem Auftragnehmer für die Erfüllung seiner Tätigkeit notwendigen und übergebenen Geräte und Schlüssel - prompt zurückzustellen. Eigene Betriebsmittel sind - so erforderlich - vom Auftragnehmer auf dessen Kosten und Gefahr zur Verfügung zu stellen.

Gemäß Punkt IV. teilt der Auftraggeber die ihm übertragenen Arbeiten selbstständig ein. Er hat im Falle der Arbeitsverhinderung auf seine Kosten und Gefahr für eine Vertretung zu sorgen bzw. rechtzeitig den Vertretungsservice des Auftraggebers zu verständigen. Dem Auftragnehmer ist es freigestellt, jedwede sonstige gewerbliche bzw. unselbstständige Tätigkeit auszuüben, Tätigkeiten für andere Zeitungsverlage sind dem Auftraggeber mitzuteilen (Punkt IX. des Vertrages).

Die Tätigkeit des MT als Zusteller begann mit der Zeitungsausgabe vom 27.12.2004. Der Abonnentenbetreuungsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Anlieferung der Zeitungen zum Stützpunkt in W erfolgte täglich zwischen 24 Uhr und 2 Uhr Früh. Die Zustellungen erfolgten anhand einer Zustellliste, welche MT zu Beginn seiner Tätigkeit übergeben wurde und welche er mit den einzutragenden Aktualisierungen bei Beendigung des Vertragsverhältnisses zurück zu geben hatte. Die Zustellungen der Zeitungen hatte MT bis 06.00 Früh vorzunehmen. Die Zustellungen erfolgten zu Fuß, mit dem Fahrrad oder Motorrad, später mit dem Auto seiner Frau. Wenn das Wetter schlecht war, wurde ihm von seiner Frau geholfen. Die Bezahlung erfolgte nach Stückzahl der verteilten Zeitungen.

Eine über die Zustellung hinausgehende Abonnentenbetreuung, welche ebenfalls Gegenstand des Vertrages war, wurde von MT nicht durchgeführt. Die Tätigkeit des MT als Zusteller für die M. GmbH & Co KG dauerte bis 21.06.2005.

Hinsichtlich der seitens der Vertreter der (Beschwerdeführerin) besonders thematisierten Möglichkeit bzw. Pflicht des Zustellers, für eine Vertretung zu sorgen, ergab sich daraus folgendes Bild: einerseits sieht bereits der zwischen der

M. GmbH & Co KG und dem jeweiligen Zusteller geschlossene Standardvertrag vor, dass letzterer im Fall seiner Verhinderung auf seine Kosten und seine Gefahr für eine Vertretung zu sorgen hat. Andererseits besteht ein (in diesen Verträgen gleichfalls angesprochenes) Vertretungsservice, welches von der M. GmbH & Co KG zu dem Zweck unterhalten wird, in jedem Fall die Zustellung der Druckerzeugnisse an die Abonnenten zu sichern. Dieses System wurde glaubhaft und übereinstimmend von den Mitarbeitern der M. GmbH & Co KG dargelegt. MT selbst hatte zwar angegeben, diese Regelung als solche nicht gekannt zu haben, es ergab sich jedoch, dass dieser sich sehr wohl seiner Gattin und seiner Schwägerin als Vertreterinnen bedient hatte, vor allem um den Vertrag und das Entgelt nicht zu verlieren.

Beschwerden von Kunden der M. GmbH & Co KG wurden von diesen stets an diese Gesellschaft und nicht an die Zusteller gerichtet."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde den von ihr festgestellten Sachverhalt unter Verweis auf die zur Abgrenzung von Werkverträgen und arbeitnehmerähnlichen Tätigkeiten ergangenen hg. Judikatur auf den konkreten Fall bezogen dahingehend, in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2002 (richtig: 22. Februar 2006), Zl. 2002/09/0187, habe der Verwaltungsgerichtshof bereits zur rechtlichen Beurteilung der Tätigkeit eines Zeitungszustellers erkannt, dass die einem Ausländer übertragene Tätigkeit der Zustellung von Zeitungen zu Wohnungen als eine einfache, im unmittelbaren Arbeitsablauf zu besorgende Tätigkeit zu qualifizieren sei, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werde. Daran ändere auch nichts, dass es sich bei den dem Ausländer übergebenen Zustelllisten nicht um "Betriebsmittel" handle, sondern um bloße Aufzeichnungen, mit denen die Leistungspflicht des Ausländers konkretisiert werde. Solche Tätigkeiten seien derart durch die Vorgaben des Auftraggebers vorherbestimmt, dass sie als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren seien, da auch in wirtschaftlicher Hinsicht für den Ausländer keine reale Möglichkeit bestehe, von dem ihm vorbehaltenen Recht, Hilfspersonal einzustellen, auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Dies treffe auf den vorliegenden Sachverhalt insofern zu, als der gegenständliche Ausländer nach seinen glaubwürdigen Angaben gefürchtet habe, im Falle einer zu häufigen Vertretung seine Beschäftigung zu verlieren. Darin sei eine Beschränkung der

Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit ("stille Autorität") zu erblicken. Für das Vorliegen einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit spreche auch der Umstand, dass der Ausländer seine Tätigkeit nur für die M. GmbH bzw. GmbH & Co KG, nicht aber für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern ausgeübt habe, wie es bei einer selbständigen Tätigkeit der Fall wäre. Auch spreche im vorliegenden Fall die Regelmäßigkeit und die lange Dauer der ausgeübten Tätigkeit für eine arbeitnehmerähnliche Verwendung des Ausländers. Es stehe sohin als erwiesen fest, dass die Zustelltätigkeit des gegenständlichen Ausländers für die M. GmbH & Co KG ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des AuslBG darstelle. Die Beschwerdeführerin wäre daher in ihrer rechtlichen Eigenschaft als handelsrechtliche Geschäftsführerin verpflichtet gewesen, eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung einzuholen. Indem sie dies unterlassen habe, habe sie die angelastete Übertretung des AuslBG in objektiver Hinsicht begangen. Auf den Einwand des mangelnden Verschuldens antwortete die belangte Behörde mit einem Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0153, in welchem bereits grundsätzliche Ausführungen zur Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit enthalten gewesen seien. Auch in dem bereits zitierten hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2002 (richtig: 2006), Zl. 2002/09/0187, sei nochmals ausdrücklich klargestellt worden, dass die Beschäftigung von Zeitungszustellern, sowie sie auch im vorliegenden Fall erfolgt sei, den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes unterliege. Eine Rechtsunsicherheit, welche die ergänzende Einholung von Informationen etwa beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit notwendig gemacht hätte, sei somit nicht vorgelegen. Die Behauptung, die Beschwerdeführerin habe "die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beobachtet", sei bei dieser Sachlage nicht überzeugend. Gerade eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hätte zu der Einsicht führen müssen, dass die Beschäftigung von Zeitungszustellern, so wie sie gehandhabt worden sei, eine Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis darstelle, welches den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes unterliege. Die Beschwerdeführerin habe daher im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG nicht darlegen können, dass sie an der Verletzung der genannten Bestimmungen des AuslBG kein Verschulden treffe, weshalb von einem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten auszugehen gewesen sei.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 133/2003, gilt als Beschäftigung 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.

Nach Abs. 4 erster Satz dieser Bestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

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

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

In Ausführung der Beschwerde macht die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes und unter Verweis auf die zur Arbeitnehmerähnlichkeit ergangene hg. Judikatur geltend, aus dieser Rechtsprechung müsse für Zeitungszusteller folgen, dass Faktoren wie mangelnde persönliche Arbeitspflicht, die sich vorrangig im Vertretungsrecht zeige, die Möglichkeit, einen Auftrag jederzeit abzulehnen und die Möglichkeit, für andere Auftraggeber tätig zu werden, dies sogar gleichzeitig für andere Auftraggeber, eine Arbeitnehmerähnlichkeit ausschließen. Dazu komme, dass eine Flexibilität bei der Arbeitseinteilung sowohl zeitlich als auch örtlich gegen eine Arbeitnehmerähnlichkeit spreche. Die Behörde habe ihre Feststellungen vorwiegend auf die mit dem Ausländer geschlossene vertragliche Vereinbarung gestützt, wonach es Aufgabe des Zustellers gewesen sei, die ihm übergebenen Zeitungen am gleichen Tag bis 6:00 Uhr morgens den Kunden am vereinbarten Platz zuzustellen. Der vereinbarte Platz habe sich aus der Hauptliste und den Nachtragslisten für Abonnementbezieher in einem bestimmten Gebiet ergeben. Es sei auch festgestellt worden, dass der Ausländer für eine Vertretung selbst hätte sorgen müssen. Er sei einmal von einem Springer vertreten worden, im Übrigen habe ihm seine Frau geholfen, wenn das Wetter schlecht gewesen sei. Die Behörde habe nicht festgestellt, dass der Ausländer verpflichtet gewesen wäre, persönlich tätig zu werden. Ebenso wenig sei festgestellt worden, dass es Anweisungen gegeben hätte, auf welche Art und Weise, beispielsweise mit welchen Betriebsmitteln oder in welcher Reihenfolge die Zeitungen zuzustellen gewesen wären. Der Ausländer sei daher ausschließlich dafür verantwortlich gewesen, dass sich eine bestimmte Anzahl von Zeitungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem näher konkretisierten Ort befinde. Nach den Feststellungen der belangten Behörde sei der Ausländer auch mit eigenen Betriebsmitteln tätig geworden bzw. sei es ihm überlassen geblieben, welche Betriebsmittel er einsetze. Es sei ihm ferner freigestellt gewesen, auch für andere Auftragnehmer tätig zu werden. Die Entlohnung sei pro Stück erfolgt. Verglichen mit dem dem Erkenntnis Zl. 2002/09/0187 zu Grunde liegenden Sachverhalt ergäben sich sogar wesentlich mehr Anhaltspunkte für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit im vorliegenden Fall, da es dem Ausländer im konkreten Fall sogar möglich gewesen wäre, die Zustellung gänzlich einer anderen Person zu überlassen und auch Überprüfungen, wer tatsächlich tätig geworden sei, weder erwünscht gewesen sei noch tatsächlich stattgefunden habe. Der Ausländer habe sohin ein beliebiges Vertretungsrecht gehabt. Er habe auch keine einzuhaltende Reihenfolge oder ähnliches zu beachten gehabt, zeitlich sei ihm in einem Zeitfenster von vier bis sechs Stunden ein Arbeitsaufwand für ca. zwei Stunden zugefallen, den er flexibel hätte gestalten können. Insgesamt sei daher ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis nicht vorgelegen.

Zu Unrecht habe die belangte Behörde auch ein Verschulden der Beschwerdeführerin angenommen. Bereits im Jahre 1998 sei Univ. Prof. Dr. XY mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt worden, der zum Schluss gekommen sei, dass Zeitungszusteller der von der Beschwerdeführerin vertretenen Gesellschaft nicht als arbeitnehmerähnlich anzusehen seien. Zu Unrecht verweise die belangte Behörde auf das hg. Erkenntnis 2002/09/0187, welches erst im Jahre 2006 ergangen sei, sohin lange nach dem festgestellten Tatzeitraum. Überdies habe die von der Beschwerdeführerin vertretene Gesellschaft auch eine Anfrage an das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit gerichtet, die unter Vorlage des auch fallgegenständlichen Vertragsmusters die Rechtsansicht vertreten habe, bei Durchführung der Tätigkeit nach dem Inhalt des Vertrages liege kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vor, Zeitungszustellerverträge seien daher nicht bewilligungspflichtig nach dem AuslBG. Obwohl die Behörde den Sachverhalt anhand der tatsächlichen Vertragsgestaltung geprüft habe, komme sie dennoch zu einem anderen Ergebnis. Ein schuldhaftes Verhalten sei der Beschwerdeführerin unter diesen Umständen nicht vorzuwerfen.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht die belangte Behörde Begründungsmängel des angefochtenen Bescheides geltend. Im gegenständlichen Vertrag sei unter anderem geregelt gewesen, dass Tätigkeiten für andere Zeitungsverlage dem Auftraggeber mitzuteilen seien, was auch so festgestellt worden sei. Das Beweisverfahren habe aber auch ergeben, dass es den Zeitungszustellern freigestellt gewesen sei, für andere Auftraggeber tätig zu werden, sodass nicht nachvollziehbar sei, warum die Behörde nur den einen Passus des Vertrages, nicht aber die konkrete praktische Handhabung festgestellt habe. Dies sei aber von Relevanz, weil das teils gleichzeitige Tätigwerden auch für andere Auftraggeber, insbesondere dann, wenn es sich um offensichtliche Konkurrenzprodukte handle, entschieden gegen eine wirtschaftliche Unselbständigkeit spreche. Der Sachverhalt sei ferner insoweit ergänzungsbedürftig, als nicht festgestellt worden sei, dass keinerlei Informationspflicht im Falle der Vertretung gegeben gewesen sei, es dem Zusteller frei gestanden sei, nur für bestimmte Zeiträume Aufträge anzunehmen, Aufträge auch sanktionslos abzulehnen oder in beliebigem Ausmaß für andere Auftraggeber tätig zu werden. Nicht festgestellt worden sei auch, dass der Zusteller als selbständig tätig werdender Unternehmer dem Abonnementbezieher für allfällige bei der Zustellung der Zeitung entstehende Schäden direkt hafte und die einzelnen Bestimmungen des Werkvertrages mit dem Zusteller bei Unterfertigung des Vertrages Punkt für Punkt erörtert worden seien.

Mit diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin teilweise im Recht.

Die hg. Rechtsprechung zur grundsätzlichen Abgrenzung selbständiger Tätigkeit von Tätigkeiten in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis wurde sowohl von der belangten Behörde als auch - in ihren grundsätzlichen Aspekten - in den Beschwerdeausführungen zutreffend referiert, sodass es genügt, zu dieser Frage auf das bereits mehrfach zitierte hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187, gemäß § 43 Abs. 2 VwGG zu verweisen. Die Beschwerdeführerin hat darauf hingewiesen, dass dieses

Erkenntnis erst nach den hier inkriminierten Tatzeiträumen ergangen ist. Dazu ist jedoch festzuhalten, dass beginnend mit den hg. Erkenntnissen vom 15. Dezember 1994, Zl. 94/09/0085, Zl. 94/09/0091 und 94/09/0092, sowie fortlaufend etwa mit den hg. Erkenntnissen vom 27. Februar 2003, Zl. 2000/09/0058 u.a., sowie vom 24. März 2004, Zl. 2002/09/0095, wiederholt klargestellt wurde, dass der Verwaltungsgerichtshof in einer Tätigkeit wie der vorliegenden unter Berücksichtigung ihres wahren wirtschaftlichen Gehaltes eine solche sieht, die unter ähnlichen Bedingungen ausgeübt wird wie von Arbeitnehmern. Die soeben beispielhaft erwähnten hg. Erkenntnisse lagen aber bereits vor dem Tatzeitraum vor. Ergänzend ist im vorliegenden Fall noch darauf zu verweisen, dass Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG grundsätzlich dann anzunehmen ist, wenn zwar die für ein "echtes" Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einem solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind. Dabei kommt es nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (ob als Werkvertrag oder etwa auch als freien Dienstvertrag; vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0011). Entscheidende Bedeutung kommt vielmehr dem Umstand zu, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012).

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

Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht hingegen, dass der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert (wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist).

Wie die belangte Behörde bereits zutreffend ausgeführt hat, geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale für die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit einer Tätigkeit vorliegen, entscheidend ist vielmehr die Gewichtung der vorhandenen Merkmale im Sinne des bereits angesprochenen "beweglichen Systems".

Auf den vorliegenden Fall umgelegt kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass arbeitnehmerähnliche Tätigkeit und damit Bewilligungspflicht nach dem AuslBG vorlag. Die bereits aufgezählten Merkmale, die für das Vorliegen unternehmerischer Tätigkeit sprächen, liegen insgesamt alle nicht vor. Jene Merkmale hingegen, die für eine arbeitnehmerähnliche Stellung des Ausländers sprechen, wurden in wesentlichen Punkten - wenn auch nicht vollständig - als vorliegend festgestellt. Starke Argumente für das Vorliegen arbeitnehmerähnlicher Tätigkeit sind insbesondere die Regelmäßigkeit und die längere Dauer der Tätigkeit, zumal der Ausländer den vorliegenden Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen hat. Dass durch die zeitlichen und örtlichen Vorgaben (Rayon, Verteilerlisten, Abholungs- bzw. Zustellzeitpunkte) die tatsächliche Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die nähere Ausgestaltung der vorzunehmenden Tätigkeit auf ein Minimum reduziert war, hat bereits die belangte Behörde zutreffend festgestellt. Dabei spricht der Umstand, dass der Ausländer möglicherweise auch für den einen oder anderen weiteren Verlag tätig geworden ist, nicht gegen das Vorliegen von Arbeitnehmerähnlichkeit. Unbestritten ist im konkreten Fall auch, dass Entgeltlichkeit bzw. direkter Nutzen der Arbeitsleistung dem Auftraggeber, nämlich dem von der Beschwerdeführerin vertretenen Unternehmen zugute gekommen ist. In diesem Zusammenhang ist auch insbesondere zu berücksichtigen, dass es dem von der Beschwerdeführerin vertretenen Unternehmen als dem wirtschaftlich Stärkeren oblegen war, das Entgelt der vom Ausländer zu erbringenden Tätigkeit festzusetzen, ohne diesem erkennbar einen Verhandlungsspielraum einzuräumen. Aus all dem ergibt sich, dass im konkreten Fall die objektive Erfüllung des Tatbestandes zu Recht angenommen worden ist.

Die Beschwerdeführerin rügt aber auch die Annahme eines Verschuldens mit dem Argument, im Tatzeitraum habe es noch keine einheitliche Rechtsprechung zum Thema "Zeitungszusteller" gegeben, ein von ihr eingeholtes Rechtsgutachten eines anerkannten Juristen und das zuständige Bundesministerium hätten die von der belangten Behörde festgestellte Sachlage anders beurteilt.

Damit zeigt die Beschwerdeführerin noch keinen entschuldbaren Rechtsirrtum im Sinne des § 5 Abs. 2 VStG auf, weil der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage (zum hier relevanten Tatzeitpunkt allenfalls noch) Rechtsunsicherheit herrscht, nicht dazu berechtigt, sich ohne weitere Nachforschungen mit der "Beobachtung" der Judikatur zu begnügen, für die günstigste Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile zuzuwenden. Um dem Vorwurf schuldhafter Verstöße gegen das AuslBG zu entgehen, wäre die Beschwerdeführerin daher verpflichtet gewesen, sich einschlägig, das heißt bei der zuständigen Arbeitsmarktbekörde unter Darlegung der konkreten Vertragsausgestaltung zu informieren. Im Übrigen wird darauf verwiesen, dass - wie schon

erwähnt - bereits vor dem gegenständlichen Tatzeitraum durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes klargestellt wurde, dass eine Tätigkeit wie die vorliegende unter ähnlichen Bedingungen ausgeübt wird wie von Arbeitnehmern.

Ferner bezieht sich die Beschwerdeführerin auf eine - konkret auf die vorliegend festgestellte vertragliche Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse Bezug nehmende - Mitteilung des zuständigen Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, gerichtet an den zuständigen Abteilungsleiter im Bundesministerium für Finanzen vom 11. Mai 2006, in welchem die Auffassung vertreten wird, im Gegenstandsfalle handle es sich bei den Verteilertätigkeiten um keine dem AuslBG unterworfenene Beschäftigung. Diese - im Übrigen nicht an die Beschwerdeführerin gerichtete - Mitteilung vom 1. Mai 2006 vermag die Beschwerdeführerin aber nicht zu exkulpieren, weil sie erst nach dem hier inkriminierten Tatzeitraum (27. Dezember 2004 bis 21. Juni 2005) verfasst und zur Kenntnis gebracht worden ist.

Im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG durfte die belangte Behörde daher ohne ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit zu belasten vom Vorliegen eines Verschuldens in der Form der Fahrlässigkeit ausgehen.

Aus diesen Gründen erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Ein Kostenauspruch hatte nicht stattzufinden, da die belangte Behörde einen solchen nicht beantragt hat.

Wien, am 22. April 2010