

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

15.12.2011

Geschäftszahl

2009/09/0237

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler, Dr. Strohmayr und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des WM in K, vertreten durch C/M/S Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 26. August 2009, Zl. UVS- 07/A/40/3180/2009-31, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Partei: Bundesministerin für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

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

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als gemäß § 28a Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 2 und 3 VStG verantwortlicher Beauftragter der F. GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin entgegen § 3 Abs. 1 AuslBG 36 namentlich genannte ausländische Staatsangehörige (der Slowakei, Bosnien und Herzegowina, Polen, Ungarn sowie Rumänien) in näher bezeichneten Zeiträumen zwischen dem 2. Jänner 2006 und dem 30. Juni 2006 mit dem Verteilen von Werbemitteln beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer keine der im Einzelnen genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Aufenthaltstitel vorgelegen seien. Er habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG und § 9 Abs. 1 AuslBG verletzt und werde mit 34 Geldstrafen zu je EUR 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen je fünf Tage) und zwei Geldstrafen zu je EUR 4.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen je vier Tage) bestraft.

Der Beschwerdeführer sei zur Tatzeit iSd § 9 Abs. 2 VStG für den Bereich Steiermark verantwortlicher Beauftragter der F. GmbH (einer Tochtergesellschaft der P. AG) mit Sitz in Wien gewesen. Die Ausländer hätten zu den in den Spruchpunkten näher angeführten Zeiten regelmäßig als Werbemittelverteiler (Zusteller) in der Steiermark für die F. GmbH gearbeitet. Sie seien angehalten worden, sich in Österreich Gewerbebescheine zu besorgen. H., ein früherer Mitarbeiter der F. GmbH, habe die Ausländer zur Gewerbebehörde begleitet, bei der Antragstellung geholfen und bei Bedarf "Gewerbeadressen" zur Verfügung gestellt. Dadurch sei es vorgekommen, dass an einzelnen Adressen über 40 Zusteller gemeldet gewesen seien. Die F. GmbH habe mit den Ausländern jeweils einen sogenannten "GSVG-Werkvertrag Zeitungs- und Werbemittelverteilung" abgeschlossen. Der Inhalt dieses Vertrages werde zum Bestandteil der Feststellungen erhoben:

"GSVG-WERKVERTRAG-Zeitungs- und Werbemittelverteilung

abgeschlossen zwischen:

F. GmbH

als

Auftraggeber

und nachstehend näher bezeichnetem

Auftragnehmer:

(...)

I.

Der Auftragnehmer ist nach den geltenden gewerbe- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften als selbständiger Zeitungs- und Werbemittelverteiler tätig.

Der Auftraggeber überträgt dem Auftragnehmer die Verteilung von Zeitungen und Werbemittel (insbesondere die Hauszustellung von Zeitungen, Katalogen und sonstigen, nicht persönlich adressierten Druckwerken, in der Folge Produkte genannt) in den mit dem Auftraggeber im Einzelfall jeweils gesondert zu vereinbarenden Gebieten (Zustellbezirken) an den im Einzelfall jeweils gesondert zu vereinbarenden Zustelltagen. Festgehalten wird, dass aufgrund dieses Vertrages weder der Auftraggeber verpflichtet ist, den Auftragnehmer mit einem Auftrag zu betrauen, noch der Auftragnehmer verpflichtet ist, einen vom Auftraggeber angebotenen Auftrag anzunehmen oder zu erfüllen.

Der Auftragnehmer schuldet die erfolgreiche Zustellung der Produkte grundsätzlich am gleichen Tag bis 17:00 Uhr an die vom Auftraggeber bekannt gegebenen Hinterlegungsplätze (wie z. B. Wohnungstür, Zeitungsrulle, Briefschlitze oder -kästen).

Der Auftragnehmer erbringt die mit ihm vereinbarten Tätigkeiten selbstständig und haftet dem Auftraggeber gegenüber für die erforderliche Sorgfalt und für sämtliche Mängel der von ihm erbrachten Tätigkeiten. Der Auftragnehmer hält den Auftraggeber auch schad- und klaglos, wenn er aufgrund unsachgemäßer Auftragserfüllung von Dritten in Anspruch genommen wird.

II.

Der Auftraggeber übergibt dem Auftragnehmer bei der konkreten Auftragserteilung jeweils eine Gebietskarte mit der Angabe des Verteilungsgebietes, aus welchem die Abgabestellen ersichtlich sind, und die zu verteilenden Produkte.

Der Werkvertragspartner ist verpflichtet, über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die in Ausübung der Tätigkeit bekannt werden, strengste Verschwiegenheit zu wahren und die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes einzuhalten.

Die für die erfolgreiche Leistungserbringung wesentlichen eigenen Betriebsmittel (wie zB PKW, sonstige Fahrzeuge, Trägerschalen, Telefon, Büro) stellt der Auftragnehmer auf eigene Kosten und Gefahr bei.

III.

Die Werkentgelte setzen die ordnungsgemäße Leistungserbringung voraus und bemessen sich nach der gesondert vereinbarten Honorarordnung. Sie werden wöchentlich im Nachhinein (allenfalls zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer) in Rechnung gestellt und mittels Banküberweisung bezahlt. Darüber hinaus gebühren keine wie immer gearteten Honorar- oder Vergütungsansprüche.

Die Vertragspartner kommen überein, dass die wöchentliche Abrechnung durch Erstellen einer Gutschrift seitens des Auftraggebers erfolgt.

Der Auftragnehmer meldet allfällige Änderungen des Namens, der Anschrift und der Bankverbindung unverzüglich, damit die Überweisungsbelege ordnungsgemäß erstellt werden können. Nachteile aus der Unterlassung der Meldungen (z.B. verspätete Überweisungen) gehen zu Lasten des Auftragnehmers.

IV.

Der Auftragnehmer ist bei der Erfüllung des Auftrages als selbstständig Erwerbstätiger weitestgehend - das heißt mit Ausnahme der Pflicht zur rechtzeitigen vertragskonformen Erfüllung der jeweiligen Zielschuld - ungebunden und organisiert sich die Verteilung der Produkte selbst. Es liegt insbesondere keine persönliche Arbeitsverpflichtung vor und kann sich der Auftragnehmer generell und jederzeit bei der Erbringung der bedungenen Tätigkeiten durch geeignete Dritte vertreten lassen. Bei etwaigen Verhinderungen hat der Auftragnehmer entsprechend seiner Zielschuldverpflichtung für Ersatz (Vertretung) zu sorgen bzw. bei ausnahmsweiser Unmöglichkeit solchen Ersatzes zur Schadensvermeidung bzw. Schadensminderung rechtzeitig den Vertretungsservice des Auftraggebers zu verständigen.

Lässt sich der Auftragnehmer vertreten, erfolgt dies auf seine Kosten und Gefahr und er haftet dem Auftraggeber gegenüber für die ordnungsgemäße Leistungserbringung seiner Mitarbeiter und Subunternehmer. Dies gilt insbesondere für die Einhaltung aller maßgebenden gesetzlichen Vorschriften, wie auch das Einholen allenfalls notwendiger Bewilligungen und hält der Auftragnehmer den Auftraggeber in diesem Zusammenhang vollkommen schad- und klaglos. Aus Sicherheitsgründen ist die Bekanntgabe des Namens des Vertreters erforderlich.

Dem Auftragnehmer steht es frei neben diesem Werkvertrag auch anderweitig selbstständig oder unselbstständig tätig zu sein. Eine Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen des Auftraggebers ist diesem zu melden.

V.

Auftraggeber wie Auftragnehmer gehen in beiderseitiger Übereinstimmung und beiderseitigem Willen davon aus, dass es sich beim gegenständlichen Vertragsverhältnis infolge dessen Erfolgs- und Zielschuldverbindlichkeiten und der vollen eigenen Kosten- und Risikotragung sozialversicherungsrechtlich um

eine 'neue Selbstständigkeit' im Sinne des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz) handelt.

Eine Anmeldung bei der Gebietskrankenkasse durch den Auftraggeber unterbleibt sohin.

Sozialversicherungsbeiträge werden ausschließlich vom versicherten Auftragnehmer nach seinen Meldungen an die Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft abgeführt. Die vereinbarten Honorare werden seitens des Auftraggebers daher brutto für netto, auf das jeweils namhaft gemachte Konto, überwiesen.

Für den Fall, dass entgegen dieser gemeinsam gewollten rechtlichen Beurteilung von einem dem ASVG (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) unterliegenden Vertragsverhältnis auszugehen sein sollte, gilt ausdrücklich vereinbart, dass das Entgelt (auch rückwirkend) auf jene Höhe angepasst wird, die sich nach Abzug der ASVG-Dienstnehmeranteile ergeben hätte bzw. ergibt. Für diesen Fall ist der Auftragnehmer mit dem Einbehalt der Überbezüge ausdrücklich einverstanden. Diese Vereinbarung beruht darauf, dass die Höhe der Honorarvereinbarung auf Basis der vollen GSVG-Beitragspflicht des Auftragnehmers getroffen wurde und dient dazu, eine ungerechtfertigte Bereicherung des Auftragnehmers zu verhindern, die sich aus einer anderen sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung ergeben würde, wenn er die auch für freie Dienstnehmer vorgesehene Eigenbeitragsleistung nicht erbringen müsste und sich allenfalls selbst die gesamten GSVG-Beiträge zurückholen könnte. Der diesfalls vom Auftraggeber zu tragende Dienstgeberbeitrag bleibt auch bei dieser Vereinbarung das Risiko des Auftraggebers, sodass diese Vereinbarung auch einen angemessenen Risikenausgleich bewirkt.

Der Auftragnehmer hat neben den GSVG-Versicherungsbeiträgen auch sämtliche Steuern selbst zu tragen und für die Einhaltung der entsprechenden Meldeverpflichtungen zu sorgen.

In diesem Zusammenhang verpflichtet sich der Auftragnehmer den Auftraggeber schad- und klaglos zu halten, sofern Forderungen Dritter (zB Steuern, Versicherungsbeiträge, Abgaben) an ihn herangetragen werden.

VI.

Dieser Werkvertrag beginnt mit Unterfertigung durch beide Vertragspartner und kann von beiden Seiten jederzeit mit sofortiger Wirkung beendet werden.

Die dem Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen, die als Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind (d.s. Gebietskarte, Adressliste, Liste der Werbemittelverzichte), stehen im Eigentum des Auftraggebers und müssen bei Beendigung des Vertragsverhältnisses oder auch über Aufforderung ohne Aufschub retourniert werden.

VII.

Dieser Werkvertrag ersetzt alle allfälligen bisher bestandenen Vereinbarungen.

Änderungen des vorliegenden Vertrages bedürfen der Schriftform. In Streitfällen ist das für den Auftraggeber zuständige Gericht in Wien anzurufen."

Praktisch sei der Vertrag wie folgt gelebt worden: Die Zusteller seien morgens beim Verteilerlager erschienen. Dort sei ihnen vom zuständigen Kontrollor, einem Angestellten der F. GmbH, das zu verteilende Material für das vom Kontrollor an den Zusteller zugewiesene Verteilungsgebiet ausgehändigt worden. Die Zustellgebiete seien so dimensioniert gewesen, dass eine Person dieses Gebiet in einem Tag habe betreuen können. Neuen Zustellern sei ein freies Gebiet (ein räumlicher Bereich, der noch keinem anderen Zusteller zugewiesen sei) zugeteilt worden. Eine Wahlmöglichkeit habe nur darin bestanden, diese Gebiete anzunehmen oder ohne Einkommensquelle zu sein. Zusteller, die schon längere Zeit für F. GmbH gearbeitet hätten, hätten sich ein etwaig frei werdendes Gebiet in Absprache mit dem zuständigen Kontrollor aussuchen können. Eine tägliche Neuvergabe der Verteilungsgebiete in dem Sinn, dass sich die Zusteller ein (wenn gewünscht sogar täglich ein anderes) Gebiet hätten aussuchen können und die Auswahl nach dem Zeitpunkt des Eintreffens beim Verteilerzentrum erfolgt wäre, habe es nicht gegeben. Da grundsätzlich keine Wahlmöglichkeit der Verteilungsgebiete bestanden habe, habe auch keine Einflussmöglichkeit der Zusteller auf die Einkommenshöhe bestanden. Die F. GmbH habe die Preise nach verteilter Stückanzahl und Verteilergebiet in einer Honorarordnung vorgegeben, die im Verteilerzentrum ausgegangen sei. Eine individuelle Preisabsprache sei nicht möglich gewesen. Die Zusteller hätten weder einen Pauschalpreis vereinbaren noch einen von der Honorarordnung abweichenden Stückpreis aushandeln können. Mit der Materialausgabe hätten die Zusteller einen Lieferschein erhalten, der von der F. GmbH als Verteilervertrag (bzw. Verteilerauftrag) bezeichnet worden sei. Auf diesem "Lieferschein/Verteilervertrag" sei das Zustellgebiet, die "Personalnummer" des Zustellers bzw. dessen Namen und die gebotene Zustellzeit angeführt gewesen. Zudem sei darauf die Anzahl der ausgegebenen Prospekte vermerkt gewesen. Dieses Formular sei vom Zusteller bei der Rückgabe der überzähligen Prospekte unterschrieben an die F. GmbH zurückgestellt worden, wobei auf diesem "Lieferschein/Verteilervertrag" die Stückzahl der nicht zugestellten Produkte vermerkt worden sei. Der "Lieferschein/Verteilervertrag" habe die Grundlage für die Abrechnung gebildet, die von der F. GmbH für ihre Zusteller EDVunterstützt vorgenommen worden sei. Die Zusteller hätten keine individualisierten Rechnungen an die F. GmbH gelegt. Wenn ein Zusteller nicht erschienen sei, sei dessen Zustellgebiet an einen anderen Zusteller vergeben worden. Eine Vertretung durch eine andere Person sei praktisch nicht möglich gewesen, weil das Vertretungsrecht nach Ansicht der F. GmbH erst nach Abschluss eines Verteilerauftrages wirksam geworden sei

und dafür der Verteiler (Zusteller) selbst hätte zum Verteilerzentrum kommen müssen. Wenn der Zusteller aber schon vor Ort gewesen sei und das Material mit dem Verteilerauftrag übernommen habe, habe de facto kein Vertretungsbedarf mehr bestanden. In der Praxis sei den meisten Zustellern nicht einmal bekannt gewesen, dass sie sich von einer anderen Person hätten vertreten lassen können. Die Arbeit der Zusteller seien vom zuständigen Kontrollor täglich überprüft worden. Bei fehlerhafter Zustellung hätte der Verteiler nochmals zustellen müssen. Die F. GmbH habe sich der Verteiler zur Erfüllung von Verträgen bedient, die sie mit anderen Firmen geschlossen habe. Den einzelnen Verteilern sei lediglich die Wahlmöglichkeit hinsichtlich des von ihm verwendeten Transportmittels und der Reihenfolge der Zustellung geblieben. Die zeitliche Dispositionsmöglichkeit sei durch die tägliche Ausgabe des Materials in den Morgenstunden und die Zustellverpflichtung bis längstens 17.00 Uhr des jeweiligen Tages stark eingeschränkt gewesen.

Beweiswürdigend führte die belangte Behörde aus, dass sich die Feststellungen über den Ablauf der Verteilertätigkeit auf die glaubhaften Aussagen der fünf in der Berufungsverhandlung vernommenen Verteiler stütze. Die Beschäftigungsdauer der betroffenen Ausländer ergäben sich aus den Aussagen des Zeugen E. in Übereinstimmung mit der Aussage des Zeugen Sch., eines Prokuristen der F. GmbH. Die von E. erstellte Excel-Liste über jene Ausländer, die von der F. GmbH dem Finanzamt gemeldet worden seien, sei im Auftrag von Sch. von Bediensteten der F. GmbH handschriftlich um die Beschäftigungsdaten der jeweiligen Ausländer ergänzt worden, wie sie sich aus den Aufzeichnungen der F. GmbH ergeben hätten. Da die Angaben über die Beschäftigung und über die jeweilige Beschäftigungsdauer von der F. GmbH zur Verfügung gestellt worden seien, habe keine Veranlassung bestanden, die vom Vertreter des Beschwerdeführers beantragten "40 Aktenordner", aus denen sich die Beschäftigungszeiten ergeben sollten, einzusehen. Überdies habe es sich bei den 40 Aktenordnern um (kopierte) Geschäftsunterlagen der F. GmbH gehandelt, die diese jederzeit aus eigenem dem Senat hätte vorlegen können. Es sei in keinem Stand des Verfahrens nachvollziehbar vorgebracht worden, dass die Angaben auf der Excel-Liste von der F. GmbH falsch eingesetzt worden wären. Sch. sei in der Berufungsverhandlung davon ausgegangen, dass seine Sekretärinnen die Daten richtig eingetragen hätten. Ein Beweisverwertungsverbot sei dem VStG fremd. Es seien keine Umstände hervorgekommen, die die Verwertung der Excel-Liste als unzulässig erscheinen lasse.

Die in der Berufungsverhandlung vernommenen Verteiler seien danach ausgewählt worden, ob sie noch in Österreich gemeldet seien, was nur auf einen Teil der im Straferkenntnis angeführten Ausländer zutreffe. Andererseits sei versucht worden, Zusteller aus verschiedenen Nationen anzuhören. Die befragten Zusteller seien alle längerfristig für die F. GmbH als Verteiler tätig gewesen. Sie seien insgesamt von drei verschiedenen Kontrolloren betreut worden. Die Aussagen aller fünf Zeugen stimmten in den Kernbereichen überein. Aus ihren glaubhaften Aussagen lasse sich ein stimmiges, widerspruchsfreies und klares Gesamtbild gewinnen. Alle Zeugen, auch Sch. und E., hätten in unmittelbarem Eindruck glaubwürdig gewirkt. Sch. habe zwar den Ablauf der konkreten Geschäftsbeziehung abweichend von der Praxis dargestellt, dies aber nachvollziehbar damit erklärt, dass er den Ablauf aus idealtypischer Sicht, so wie es das Management gerne sehen würde, geschildert hätte. Er habe auch eingeräumt, nicht selber in Graz den Betrieb überwacht oder kontrolliert zu haben.

Eine Einvernahme sämtlicher Zusteller sei nicht geboten gewesen. Der Beschwerdeführer habe es vorgezogen, der Verhandlung fern zu bleiben. Die Einvernahme des Zeugen N. sei angesichts der Aussage des Zeugen Sch. entbehrlich gewesen. Da die fünf Verteiler in ihren Aussagen selbst in den Details übereinstimmende, schlüssige und nachvollziehbare Angaben gemacht hätten, die mit der allgemeinen Lebenserfahrung und den Ansichten des Senates aus diversen früheren Verfahren gegen Zustellfirmen in Einklang stünden, habe auch auf die Befragung der Kontrolloren verzichtet werden können. Dies

"selbst unter der hypothetischen Annahme, dass alle drei beantragten Kontrolloren in gänzlicher Abweichung von den Aussagen der Verteiler ausgesagt hätten, dass sich jeder Zusteller täglich das Verteilergebiet hätte aussuchen können und nur der Zeitpunkt des Eintreffens beim Verteilerzentrum maßgeblich gewesen wäre, da diese (hypothetischen) Aussagen jeglicher Lebenserfahrung widerstreiten"

würden. Sämtliche Zeugen hätten übereinstimmend ausgesagt, man müsse das Zustellgebiet kennen, um effizient verteilen zu können. Die Mehrzahl der Verteiler habe sogar gemeint, dass wegen der Unkenntnis über ein bestimmtes Gebiet eine Vertretung nicht möglich gewesen wäre. Es sei absolut einleuchtend, dass die F. GmbH bestrebt sei, möglichst ökonomisch zu arbeiten. Ein Teilaspekt davon sei die Kundenzufriedenheit. Bei täglich wechselnden Zustellern läge die Annahme nahe, dass es einerseits zu einer langsameren Verteilung und andererseits zu einer höheren Fehleranfälligkeit gekommen wäre. Schon dies spreche gegen ein täglich wechselndes Verteilergebiet. Hinzu komme, dass es angesichts der unterschiedlichen Entlohnung je nach Gebiet und zu verteilender Stückzahl zu nicht unerheblichem Konfliktpotenzial zwischen den Verteilern gekommen wäre, wenn lediglich der Zeitpunkt des Eintreffens maßgeblich gewesen wäre. Auch dieser Aspekt spreche klar für die von den Zustellern geschilderte Praxis und gegen die idealtypische Vorstellung der Firmenleitung. Zu den sich aus dem "GSVG-Werkvertrag" ergebenden Vertretungsmöglichkeiten habe der Zeuge Sch. diese Option als für die Praxis nicht relevant dargestellt, weil dieses Vertretungsrecht erst ab Übernahme eines Verteilerauftrages gegolten hätte. Dafür hätte der Zusteller persönlich beim Verteilermagazin erscheinen müssen. Wenn der Zusteller aber schon vor Ort sei, sei seine Vertretung wenig wahrscheinlich. Zudem hätten die Zusteller - mit Ausnahme eines zustellenden Ehepaares - angegeben, dass sie sich nie hätten vertreten lassen bzw. von dieser Möglichkeit gar nichts gewusst hätten. Die Verteilergebiete seien so dimensioniert gewesen, dass ein Zusteller an einem Tag alle Prospekte habe verteilen können. Alle Zusteller hätten nur für die F. GmbH gearbeitet. Daraus

ergebe sich, dass sich die Frage nach einem Konkurrenzverbot de facto gar nicht gestellt habe. Bei einfachen manuellen Tätigkeiten wie dem Verteilen von Prospekten seien auch keine Gründe für ein Konkurrenzverbot ersichtlich. Umso mehr überrasche es, dass der "GSVG-Werkvertrag" eine Verpflichtung vorgesehen habe, eine Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen zu melden.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde zusammenfassend aus, die betreffenden Ausländer hätten in den angegebenen Zeiträumen (wenn auch nicht täglich) in einem Verteilerzentrum der F. GmbH gearbeitet. Sie hätten dort vom zuständigen Kontrollor die für diesen Tag zur Zustellung bestimmten Produkte (zumeist nicht adressiertes Werbematerial und Postwurfsendungen), einen Gebietsplan und einen Verteilerauftrag erhalten, auf dem die Stückzahl der zu verteilenden Produkte, das Verteilungsgebiet und ein Hinweis auf den Verteiler (Namen oder Personalnummer) enthalten gewesen sei. Das Verteilungsgebiet sei grundsätzlich vom Kontrollor zugewiesen worden. Lediglich "altgediente" Verteiler seien bei der Zuteilung von Gebieten bevorzugt worden, indem sie Wünsche hätten äußern können. Habe ein Verteiler ein Gebiet nicht angenommen, habe er auch keine Entlohnung erhalten. Den einkommensabhängigen Verteilern sei de facto keine echte Wahlmöglichkeit verblieben. Die Zustellprodukte hätten die Zusteller nur in dem von der F. GmbH vorgegebenen Verteilerzentrum und nur während einer bestimmten Zeitphase (rund um 06.00 Uhr) abholen können. Diese Produkte hätten grundsätzlich bis längstens 17.00 Uhr in den vorgegebenen Verteilergebieten zugestellt werden müssen. Die gesamte Logistik sei durch die F. GmbH erfolgt. Dazu zähle der Abschluss der Verträge mit Kunden, die ihre Produkte zustellen wollten, die Festlegung der Verteilungsgebiete sowohl hinsichtlich der Größe als auch der Zahl, die Berechnung der für ein Gebiet notwendigen Stückanzahl an zu verteilendem Material, die Materialausgabe an die Verteiler, der Ausdruck der Gebietspläne und die Verfassung der Verteileraufträge (= Lieferscheine). Die Abrechnung mit den Kunden (Zeitungsverlage, Werbefirmen, Händler etc.) sei ebenso durch die F. GmbH erfolgt wie die Abrechnung mit den Zustellern. Diese hätten keine Rechnungen gelegt, sondern zumeist wöchentlich eine Überweisung erhalten. Die Bezahlung habe sich nach der verteilten Stückanzahl und dem jeweiligen Verteilergebiet gerichtet. Eine beabsichtigte Abwesenheit habe grundsätzlich dem zuständigen Kontrollor mitgeteilt werden müssen, welcher dann die Zustellung in dem betroffenen Gebiet einem anderen Zusteller übertragen habe. Eine Vertretung durch einen Dritten sei nur dann möglich gewesen, wenn der vertraglich gebundene Verteiler zuerst einen Verteilerauftrag (morgens beim Verteilerzentrum) übernommen und dem Kontrollor den Namen des Vertreters bekannt gegeben habe. In der Praxis sei es daher schon deswegen de facto zu keiner Vertretung gekommen.

Die festgestellten Aspekte sprächen für eine weitgehende Eingliederung in das Unternehmen der F. GmbH und für ein zumindest arbeitnehmerähnliches Beschäftigungsverhältnis. De facto würden die Zusteller (Verteiler) nur ihre Arbeitskraft schulden, wie dies auch bei einem Zusteller der Österreichischen P. AG der Fall sei. Die Abweichung von einem typischen Arbeitsverhältnis liege darin, dass den Zustellern der F. GmbH sämtliche Arbeitnehmerrechte (wie Sozialversicherung, Entgeltfortzahlung, Urlaubsanspruch etc.) verwehrt worden seien und sich die F. GmbH dadurch hohe Lohnnebenkosten erspart habe. Die formelle Möglichkeit, auch für andere Unternehmen zu arbeiten, stehe grundsätzlich auch unselbständig Erwerbstätigen offen, insbesondere jenen, die nur Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse eingegangen seien. Dies sei daher kein Indiz für Selbständigkeit. Zudem hätten sämtliche Zusteller angegeben, dass sie zur Tatzeit nur für die F. GmbH gearbeitet hätten. Eine freie Arbeitszeiteinteilung durch die Zusteller habe nicht vorgelegen, weil durch die vertraglichen und faktischen Vorgaben nur ein Zeitfenster von ca. 07.00 Uhr bis 17.00 Uhr für die tägliche Arbeit zur Verfügung gestanden sei und die Verteilungsgebiete so dimensioniert gewesen seien, dass sie von einem Zusteller an einem Tag hätten bearbeitet werden können. Die Zusteller hätten selbst über keine nennenswerten Betriebsmittel verfügt. Die in Graz verteilenden Zusteller hätten nicht einmal ein eigenes Fahrzeug benötigt. Die am Land verteilenden Zusteller hätten ein Kraftfahrzeug benötigt, wobei ein kleiner Personenkraftwagen oder sogar ein Motorfahrrad ausgereicht hätte. Faktisch hätten die Kontrolloren gegenüber den Zustellern die Rolle eines Vorgesetzten ausgeübt. Von ihnen hätten die Zusteller ihre Arbeitsanweisung in Form der konkreten Zustellaufträge (in Listenform) erhalten. Die tägliche Arbeit sei von den Kontrolloren überprüft worden. Die Ausländer seien nicht zur Erstellung im Vorhinein bestimmter Werke, sondern zur dauernden und grundsätzlich persönlichen Dienstleistung nach Auftrag der F. GmbH verpflichtet gewesen. Diese Merkmale würden für das Vorliegen eines (abhängigen) Arbeitsverhältnisses, jedenfalls aber zumindest für ein arbeitnehmerähnliches Dienstverhältnis sprechen. Die Zusteller seien wirtschaftlich von der F. GmbH abhängig gewesen. Die Elemente einer zumindest arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung überwögen jene einer selbständigen Tätigkeit bei Weitem. Zudem sei die erbrachte Arbeitsleistung (Verteilung von Prospekten) einem Werkvertrag nicht zugänglich. Da die Ausländer im Tatzeitraum über keine arbeitsmarktbehördlichen Berechtigungen verfügt hätten, jedoch eine unselbständige Tätigkeit ausgeübt hätten (weswegen die Berufungsausführungen zur Dienstleistungsfreiheit ins Leere gingen) lägen unrechtmäßige Beschäftigungen iSd AuslBG vor. Die objektive Tatseite sei vom Beschwerdeführer verwirklicht worden.

Bei Übertretungen des AuslBG handle es sich um eine von Amts wegen zu verfolgende Verwaltungsübertretung. Die Verwaltungsstrafbehörde sei nicht an die Strafanzeige und den Strafantrag iSd § 28a AuslBG gebunden. Die Niederlassungsfreiheit werde nicht berührt, weil nicht über ein Aufenthaltsrecht der Ausländer abgesprochen worden sei. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit sei für die "neuen" Mitgliedstaaten der Europäischen Union bis Ende März 2011 eingeschränkt. Die Dienstleistungsfreiheit sei in bestimmten Wirtschaftssektoren beschränkt und setze voraus, dass ein EU-Bürger eine selbständige Tätigkeit in

einem anderen Mitgliedstaat ausübe. Es lägen jedoch keine selbständigen Tätigkeiten vor. Daher sei auf europarechtliche Argumente nicht näher einzugehen. Gegen das Kumulationsprinzip des VStG bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Bei Ungehorsamsdelikten sei das Verschulden des Täters nicht von der Behörde zu beweisen, sondern ohne weiteres anzunehmen. Dem Täter stehe es frei, diese Vermutung durch Glaubhaftmachung seiner Schuldlosigkeit zu widerlegen. Der Beschwerdeführer habe mehrere Schriftstücke als Beweis dafür vorgelegt, dass ihn an der Übertretung kein Verschulden träfe, weil verschiedene Behörden (Ministerien) die Rechtsansicht vertreten hätten, dass Werbemittelverteiler nicht als unselbständig Erwerbstätige gälten. Zum Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 27. Jänner 2006 sei darauf hinzuweisen, dass dieser Rechtseinschätzung nur ein Vertragsmuster zu Grunde gelegen sei und das Ministerium nur auf dieser Basis Auskunft erteilt habe. Zum anderen sei auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Februar 2003, Zl. 2000/09/0058, zu verweisen, in dem dieser auch vor dem Hintergrund eines gleichartigen Schreibens des Ministeriums keinen Grund dafür habe erkennen können, seine Rechtsprechung zur Arbeitnehmerähnlichkeit in diesem Zusammenhang zu ändern. Überdies sei der Vertrag anders gelebt als formuliert worden. Diese Umstände hätten in der Antwort des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit nicht berücksichtigt werden können. Zur "Sachverhaltsdarstellung zur Problematik Werbemittelverteiler" des Finanzamtes Wien 1/23 sei vorweg klar zu stellen, dass dieses erst am 27. April 2009, somit rund drei Jahre nach Ende des Tatzeitraumes, verfasst worden sei. Schon deswegen könne es den Beschwerdeführer nicht exkulpieren. Überdies handle es sich um die Wertung eines Betriebsprüfers, dem die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung scheinbar nicht geläufig sei. Dem Beschwerdeführer sei es nicht gelungen, die Regelvermutung des § 5 Abs. 1 VStG zu widerlegen. Einem verantwortlichen Beauftragten eines großen Unternehmens (nach dem Betriebsprüferbericht seien im Jahresschnitt ca. 1.400 Personen für die F. GmbH als Verteiler tätig; es habe ca. 3.600 Verteilungsgebiete gegeben) sei es zuzumuten, dass er sich rechtzeitig über die gesetzlichen Vorgaben und die dazu ergangene Rechtsprechung informiere. Zur Tatzeit war die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bereits gefestigt und allgemein zugänglich. Wer sich bei dieser Ausgangslage auf die - von der Judikatur abweichende - allgemeine Auskunft eines Ministeriums verlasse, müsse es gegen sich gelten lassen, dass die Rechtsprechung auch in seinem Fall zu keinem abweichenden Ergebnis zur bisherigen Judikatur führe. Damit wäre selbst ein etwaig bestehender Rechtsirrtum vorwerfbar. Die subjektive Tatseite sei verwirklicht.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, das Gebot des § 3 Abs. 1 AuslBG diene dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer. Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Taten sei nicht gering, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und - zusätzlich - zu einer Wettbewerbsverzerrung führe. Dies werde im vorliegenden Fall auf Grund der hohen Anzahl an Beschäftigten besonders transparent. Nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Zusteller hätten diese von der F. GmbH monatlich durchschnittlich rund EUR 400,- bis EUR 800,- bezahlt bekommen (der Betriebsprüferbericht spreche von einem jährlichen Bruttohonorar pro Werbemittelverteiler zwischen EUR 200,- und maximal EUR 24.000,-). Selbst bei einer Lohnnebenkostenquote (Pensionsversicherung, Urlaubsbezüge etc.) von nur 50 % ergebe sich eine Ersparnis für die F. GmbH von rund EUR 200,- bis EUR 400,- pro Zusteller und Monat. Allein für die 36 verfahrensrelevanten Ausländer würden sich daraus Einsparungen von schätzungsweise EUR 7.200,- im Monat ergeben. Selbst diese nur hypothetischen Zahlen würden erkennen lassen, zu welcher Wettbewerbsverzerrung diese gewählte Beschäftigungsform führe. Die Übertretung sei zumindest fahrlässig begangen worden. Das Verschulden könne nicht als geringfügig angesehen werden, weil weder hervorgekommen sei noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen sei, dass die Einhaltung der verletzten Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte. Auf Grund der unrechtmäßigen Beschäftigung von mehr als drei Ausländern komme der dritte Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG zur Anwendung. Der Strafrahmen betrage EUR 2.000,- bis EUR 20.000,- pro unrechtmäßig beschäftigten Ausländer. Bei der Strafbemessung werde auf Grund der leitenden Funktion des Beschwerdeführers in einem Zustellunternehmen und auf Grund seiner Angaben in der Berufung (Einkommen EUR 2.200,- monatlich netto, keine Sorgepflichten, keine überdurchschnittlichen Vermögenswerte) von guten wirtschaftlichen Verhältnissen ausgegangen. Die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit sei bereits von der Erstbehörde als Milderungsgrund gewertet worden. Erschwerend wirke die (unterschiedlich) lange Beschäftigungsdauer. Angesichts der Beschäftigung des Beschwerdeführers in einem Zustellunternehmen und seiner fehlenden Einsicht in das Unrecht seiner Tat sei eine Geldstrafe angebracht, die ihrer Höhe nach geeignet scheine, den Beschwerdeführer künftig von der Begehung gleichartiger Übertretungen abzuhalten.

Die belangte Behörde sehe sich aber veranlasst, die von der Erstbehörde verhängten Strafen herabzusetzen, weil der Tatzeitraum schon rund drei Jahre zurückliege und der Beschwerdeführer sich zwischenzeitig wohlverhalten hätte. Angemerkt sei, dass das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer erst seit dem 11. März 2008 (erste Verfolgungshandlung) anhängig sei (zuvor seien die handelsrechtlichen Geschäftsführer verfolgt worden). Daher sei nicht von einer überlangen Verfahrensdauer auszugehen. Zum anderen habe es die Erstbehörde unterlassen, bei der Bemessung der Strafen auf die Beschäftigungsdauer abzustellen. Die Geldstrafe für jene Ausländer, die rund fünf Monate beschäftigt gewesen seien, sei mit

je EUR 4.000,-- und die Ersatzfreiheitsstrafe mit je vier Tagen festzusetzen. In Abstufung dazu werde bei einer Beschäftigungsdauer von rund sechs Monaten eine Geldstrafe von je EUR 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von je fünf Tagen) verhängt. In Anbetracht des spezialpräventiven aber auch des generalpräventiven Aspekts der Strafe und der übrigen Strafbemessungskriterien komme eine weitere Herabsetzung der Strafen nicht in Frage. Die Geldstrafe betrage insgesamt EUR 178.000,--. Die nunmehr verhängte Ersatzfreiheitsstrafe laute auf insgesamt 178 Tage.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen hat:

Die Beschwerde rügt, dass die belangte Behörde "außer im Spruch des Straferkenntnisses" keine weiteren Feststellungen zur Staatsangehörigkeit, zu den Geburtsdaten und "zum Nichtvorliegen einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung" betreffend die bei der F. GmbH beschäftigten Personen getroffen habe.

Dem ist zu erwidern, dass die belangte Behörde durch die Wiedergabe des erstinstanzlichen Straferkenntnisses zu sämtlichen 36 verfahrensgegenständlichen Beschäftigten deren Namen, das Geburtsdatum, die Staatsangehörigkeit sowie die Zeit der Beschäftigung festgestellt hat. Diese Feststellungen beruhen insbesondere auf der - handschriftlich um die Beschäftigungsdaten ergänzten - Excel-Liste, die der Erstbehörde von der F. GmbH übermittelt worden ist, den Angaben und Nachweisen im Strafantrag sowie den eingeholten Meldeauskünften.

Wenn die Beschwerde nunmehr die Feststellungen über die Staatsangehörigkeit der beschäftigten Ausländer in Zweifel zieht, so ist sie darauf zu verweisen, dass der Beschwerdeführer die ihm im Verwaltungsverfahren bekannt gegebenen Staatsangehörigkeiten der beschäftigten Ausländer nie bestritten und nie behauptet hat, dass die zur Rede stehenden Personen zur Aufnahme einer unselbstständigen Beschäftigung in Österreich berechtigt gewesen wären. Er hat in seiner Berufung lediglich vorgebracht, es lägen keine Beweisergebnisse vor, welche die Verwendung der in der

"Excel-Liste ... aufscheinenden Ausländer" in einem

arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nahelegen würden. Die Beschwerde zeigt nicht auf, bei welchem konkret zur Rede stehenden Beschäftigten die festgestellte Staatsangehörigkeit unrichtig sein soll oder aus welchen (anderen) Beweisergebnissen sich eine solche Unrichtigkeit ableiten würde.

Die Beschwerde bringt weiters vor, die belangte Behörde hätte die Feststellungen zum tatsächlichen Ablauf der Beschäftigung nicht lediglich auf die Aussagen der fünf in der Berufungsverhandlung vernommenen Verteiler stützen dürfen. Der Beschwerdeführer habe

"die Einvernahme sämtlicher im Spruch des Straferkenntnisses genannten Ausländer sowie von Herrn Helmut N. zum Beweis dafür beantragt, dass die im erstinstanzlichen Bescheid angeführten Ausländer nicht entgegen den Bestimmungen des AuslBG als Werbemittelverteiler verwendet wurden."

Die belangte Behörde habe die Beschränkung auf die fünf vernommenen Ausländer damit begründet, dass diese Zeugen widerspruchsfrei ein klares Bild der Abläufe hätten liefern können. Damit habe die Behörde stillschweigend vorausgesetzt, dass sie durch die Einvernahme der übrigen Ausländer zu keinem anderen Ergebnis der Abläufe hätten kommen können. Diese Sichtweise würde den Wert der Einvernahme der übrigen Ausländer über die Abläufe antizipieren. Die belangte Behörde habe nicht mit Bestimmtheit ausschließen können, dass sie nach der Einvernahme der weiteren Ausländer "ein anderes Bild der Abläufe, d.h. des tatsächlichen Ablaufs der Verteiltätigkeit, erhalten hätte". Die Feststellungen zum Vorliegen der typischen Merkmale wirtschaftlicher Unselbstständigkeit "bedürfen jedoch eines gesetzmäßigen Ermittlungsverfahrens, das die Behörde durch die Unterlassung der Einvernahme sämtlicher Ausländer schuldig geblieben ist". Es hätte "der Feststellung des Ablaufs der Verteiltätigkeit, das heißt der konkreten Umstände, unter denen die Tätigkeit erbracht wird", bedurft. Genau diese Feststellungen habe die belangte Behörde auf Grund ihrer unzureichenden Beweiserhebungen nicht treffen können. Die Begründung der belangten Behörde für die Auswahl der vernommenen Zeugen sei nicht nachvollziehbar. Eine "repräsentative Auswahl in Bezug auf die Staatsangehörigkeit" hätte zumindest auch die Einvernahme eines ungarischen Staatsangehörigen erfordert, anstatt eine Bosnierin und vier Slowaken zu vernehmen. Der Beschwerdeführer habe auch die Einvernahme von Helmut N. "zum gleichen Beweisthema wie die Einvernahme sämtlicher Ausländer" beantragt. Die belangte Behörde hätte "Feststellungen zu seiner Position im Unternehmen" treffen müssen. Sie wäre - "etwa bei Befragung des Zeugen Sch." - zum Ergebnis gelangt, dass N.

"eine leitende Funktion in der Filiale Graz einnimmt und daher - ganz im Gegensatz zu Herrn Sch. - durchaus über die Abläufe der Verteiltätigkeit und damit über die Organisation der Werbemittelverteilung Auskunft geben hätte können. Bei der Einvernahme von Herrn N. wäre die belangte Behörde ... letztlich zum Ergebnis gelangt, dass Werbemittelverteiler nicht iSd AuslBG beschäftigt wurden. Der Verzicht auf seine Einvernahme ist daher ebenfalls das Ergebnis einer unzulässigen vorgegreifenden Beweiswürdigung."

Ferner könne "die belangte Behörde nicht mit Bestimmtheit ausschließen ..., dass sie andere, für den Beschwerdeführer günstigere, Feststellungen nach der Einvernahme sämtlicher beantragter Zeugen getroffen hätte".

Dieser Verfahrensrüge ist entgegenzuhalten, dass die Beschwerde den Feststellungen der belangten Behörde über die konkrete Tätigkeit der Zusteller und den organisatorischen Ablauf der Zustellungen nicht entgegen tritt und keinerlei konkretes Vorbringen erstattet, inwieweit sich die tatsächliche Tätigkeit der Zusteller von der durch die belangte Behörde festgestellten unterscheiden haben soll.

Wie die belangte Behörde richtig aufzeigt, kam es der F. GmbH darauf an, alle Verteiler in gleicher Weise als (vorgeblich) "Selbständige" zu verwenden. Der Beschwerdeführer hat im Verfahren nie vorgebracht, dass mit den einzelnen Verteilern unterschiedliche Vereinbarungen getroffen worden wären oder die Ausgestaltung der Tätigkeit der Verteiler seitens der F. GmbH im Einzelfall unterschiedlich gestaltet worden sei. Die belangte Behörde durfte zu Recht davon ausgehen, dass im konkreten Fall die Tätigkeiten aller Verteiler rechtlich gleich zu werten seien. In einem solchen Fall kommt es aber zur Erhebung dieses Gesamtbildes nicht zwingend auf die lückenlose Einvernahme aller Verteiler an. Die durchgeführten Einvernahmen durften als repräsentativer Querschnitt zur Beurteilung herangezogen werden.

Bei dem von der Beschwerde aufgezeigten Beweisthema, dass keine Beschäftigung "iSd AuslBG" vorgelegen hätte, handelt es sich im Übrigen um eine Rechtsfrage, die der Beantwortung im Rahmen einer Zeugenvernehmung nicht zugänglich ist. Soweit sich die Beschwerde auf mögliche - nicht weiter konkretisierte - "günstige" Verfahrensergebnisse beruft, die die Vernehmung der beantragten Zeugen hätte erbringen können, handelt es sich um die Namhaftmachung eines Erkundungs- bzw. Ausforschungsbeweises, der kein zulässiger Gegenstand eines Beweisantrags sein kann (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 24. Juni 2009, Zl. 2007/09/0323, vom 15. September 2011, Zl. 2009/09/0197, und vom 14. Oktober 2011, Zl. 2009/09/0250).

Einen Verfahrensmangel erblickt die Beschwerde auch darin, dass eine Einvernahme der Kontrollore S., K. und Sch. zum Beweis dafür unterblieben sei, dass es "keine Gebietseinteilung durch die Kontrollore gab und die Verteiler die Gebiete frei wählen konnten". Die drei Zeugen hätten bestätigen können, dass sich jeder Zusteller täglich das Verteilgebiet habe aussuchen können und nur der Zeitpunkt des Eintreffens beim Verteilzentrum maßgeblich gewesen sei. Bei Einvernahme der drei beantragten Zeugen wäre die belangte Behörde zu dem Ergebnis gekommen, "dass keine Personen iSd AuslBG beschäftigt wurden".

Es trifft zu, dass die belangte Behörde die Einvernahme der drei genannten Zeugen mit der Begründung unterlassen hat, dass eine "Abweichung von den Aussagen der Verteiler" jeglicher Lebenserfahrung widerstreiten würde. Dieser Verfahrensmangel der vorwegnehmenden Beweiswürdigung ist jedoch für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht von Bedeutung, weil - wie unten im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird - selbst eine Feststellung iS der unter Beweis gestellten, oben wiedergegebenen Behauptung der Beschwerde nichts daran ändern würde, dass die gegenständlichen Verteiltätigkeiten im Rahmen arbeitsnehmerähnlicher Verhältnisse ausgeübt worden sind.

Einen weiteren Verfahrensmangel erblickt der Beschwerdeführer darin, dass sich die belangte Behörde bei den Feststellungen über die beschäftigten Ausländer lediglich auf die von der F. GmbH bzw. deren Mitarbeiter erstellten und der Behörde zur Verfügung gestellten Excel-Liste gestützt hat. Der Beschwerdeführer habe in der Berufungsverhandlung die Beischaffung von 40 bei der Finanzbehörde befindlichen Ordnern "zum Beweis für die Unrichtigkeit der von der KIAB vorgelegten Liste" beantragt.

Die belangte Behörde durfte von der Beischaffung der genannten Unterlagen Abstand nehmen, weil das Vorbringen des Beschwerdeführers über die bloße Bestreitung des Inhalts der vorgelegten Excel-Liste nicht hinausging und er insbesondere nicht vorgebracht hat, welche anderen, den Inhalt dieser Liste relativierende bzw. widerlegende Lebenssachverhalte mit den genannten 40 Ordnern hätten bewiesen werden können. Die Entscheidung, ob zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit bzw. zur Kontrolle bestimmter Beweisergebnisse noch weitere Beweise (Hilfsbeweise bzw. Kontrollbeweise) herangezogen werden, oblag allein der belangten Behörde. Es liegt im Wesen der freien Beweiswürdigung, dass in einem solchen Fall weitere Beweisanträge nicht mehr berücksichtigt werden müssen, wenn sich die Verwaltungsbehörde auf Grund der bisher vorliegenden Beweise ein klares Bild über die maßgebenden Sachverhaltsmomente machen konnte (vgl. das hg. Erkenntnis vom 6. September 2005, Zl. 2005/03/0039, mwN).

Der Beschwerdeführer rügt sodann, dass er von der belangten Behörde zwar zur mündlichen Verhandlung geladen worden sei, jedoch bereits vor Zustellung des Ladungsbescheides einen mehrwöchigen Urlaub bewilligt erhalten habe, in den der Verhandlungstermin gefallen sei. Seinem Antrag, die Verhandlung auf einen anderen Termin zu verlegen, sei ohne Begründung abgewiesen worden. Somit sei ihm die Teilnahme an der Verhandlung verwehrt geblieben. Auch sein ihn ständig vertretender Anwalt habe bereits vor Zustellung der Ladung eine zweiwöchige Fernreise gebucht, sodass er den Verhandlungstermin nicht wahrnehmen können. Gerade in diesem komplexen Verfahren hätte die belangte Behörde durch Verlegung der Verhandlung um etwa eine Woche die Anwesenheit dieses Anwalts sicherstellen müssen, damit die Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers umfassend gewahrt würden. Die Verschiebung des Verhandlungstermins um einen kurzen Zeitraum wäre auch angesichts der bevorstehenden Verjährung durchaus möglich und geboten gewesen. Die belangte Behörde habe § 51e Abs. 6 VStG verletzt.

Die Verhinderung der Teilnahme des "ständig vertretenden Anwalts" stellt vorliegend schon deshalb keinen relevanten Verfahrensmangel dar, weil der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde anwaltlich vertreten war und somit fest stand, dass es dem Beschwerdeführer möglich war, für eine rechtzeitige geeignete Vertretung Sorge zu tragen.

Der Umstand, dass eine Partei trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen ist, hindert gemäß § 51f Abs. 2 VStG weder die Durchführung der Verhandlung noch die Fällung des Erkenntnisses. Nach dem auch im Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 24 VStG anzuwendenden § 19 Abs. 3 AVG hat, wer nicht durch Krankheit, Gebrechlichkeit oder sonstige begründete Hindernisse vom Erscheinen abgehalten ist, die Verpflichtung, der Ladung Folge zu leisten. Im vorliegenden Fall wurde dem Beschwerdeführer die Ladung zu Händen seines Rechtsvertreters am 23. April 2009, sohin etwa einen Monat vor der am 18. Mai 2009 stattfindenden Berufungsverhandlung zugestellt. Mit dem am 6. Mai 2009 bei der belangten Behörde eingelangten Verfügungsantrag verwies der Beschwerdeführer darauf, dass er am 21. April 2009 (somit erst kurze Zeit vor Erhalt des Ladungsbescheides) von seinem Dienstgeber die Genehmigung für seinen vom 29. April bis zum 12. Juni 2009 geplanten Urlaub erhalten habe. Er werde sich "in Ost- bzw. Südeuropa" aufhalten.

Eine urlaubsbedingte Verhinderung vermag aber nur dann ein begründetes Hindernis iSd § 19 Abs. 3 AVG zu bilden, wenn sie nicht durch zumutbare Dispositionen hätte beseitigt werden können (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2010, Zl. 2009/09/0146, mwN). Der Beschwerdeführer hat weder in seiner Verfügungsbitte noch in der von seinem Vertreter besuchten mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde behauptet, dass er derartige Dispositionen versucht hätte oder ihm solche nicht zumutbar gewesen seien. Die belangte Behörde war deshalb berechtigt, die Verhandlung gemäß § 51f Abs. 2 VStG durchzuführen. Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer auch in der Beschwerde nicht vorgebracht, welchen konkreten Sachverhalt er über sein bisheriges Vorbringen hinaus in der mündlichen Verhandlung behauptet hätte, weshalb selbst einem allfälligen Verfahrensmangel die Relevanz fehlte.

Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die belangte Behörde habe verabsäumt, eine Unzuständigkeit der Behörde erster Instanz aufzugreifen. Bei Übertretungen des § 28 AuslBG sei zwar im Zweifel der Sitz des Unternehmens des Arbeitgebers der Tatort. Wenn jedoch bei einem Filialbetrieb ein verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 Abs. 2 VStG bestellt worden sei, so sei Tatort der Standort der Filiale. Er habe im Verwaltungsverfahren vorgebracht, für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften der Filialen in der Steiermark verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich gewesen zu sein.

In seiner Rechtfertigung vom 2. April 2008 hat der Beschwerdeführer Folgendes vorgebracht:

"Der räumliche Geltungsbereich der Verantwortung umfasst den räumlichen Unternehmensbereich Süd, bestehend aus Burgenland, Steiermark und Kärnten, somit auch die gegenständlichen Kontrollorte. (...) Die F. ist in sachliche und örtliche Bereiche gegliedert. Der sachliche Bereich Werbemittelverteilung ist in die räumlichen Unternehmensbereiche Ost und Süd unterteilt. Für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften der Filialen in der Steiermark, von denen aus die beanstandeten Ausländer beauftragt wurden, ist - im angelasteten Tatzeitraum - somit (der Beschwerdeführer) verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich."

Zum Vorbringen des Beschwerdeführers ist zunächst auf § 27 Abs. 1 VStG zu verweisen, wonach zur Behandlung einer Verwaltungsstrafsache jene Behörde örtlich zuständig ist, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten ist. Ist danach die Zuständigkeit mehrerer Behörden begründet oder ist es ungewiss, in welchem Sprengel die Übertretung begangen worden ist, so ist die Behörde zuständig, die zuerst eine Verfolgungshandlung vorgenommen hat (§ 27 Abs. 2 leg. cit.). Gemäß § 28 VStG ist die Behörde, die zuerst von einer Verwaltungsübertretung Kenntnis erlangt, zur Verfolgung zuständig, solange nicht ein Umstand hervorgekommen ist, der nach § 27 Abs. 1 VStG die Zuständigkeit einer anderen Behörde begründet.

Auch im Falle von Übertretungen gegen § 28 AuslBG ist im Zweifel der Sitz des Unternehmens des Arbeitgebers der Tatort, denn dort wird in der Regel die gegebenenfalls nach diesem Gesetz verpönte Beschäftigung eingegangen und von dort aus wäre die allenfalls fehlende Beschäftigungsbewilligung zu beantragen gewesen. Wird die tatsächliche Leitung eines Unternehmens jedoch an einem anderen Ort als an dem im Firmenbuch eingetragenen Sitz des Unternehmens ausgeübt, so hat dies zur Folge, dass als Ort der Beschäftigung dieser tatsächliche Sitz der Unternehmensleitung und auch dieser Ort als jener Ort, von welchem aus die allenfalls erforderlichen Beschäftigungsbewilligungen hätten beantragt werden müssen, anzunehmen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Oktober 2009, Zl. 2008/09/0102).

Dem oben wiedergegebenen Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht zu entnehmen, dass die tatsächliche Leitung der F. GmbH an einem anderen Ort als an dem im Firmenbuch eingetragenen Sitz des Unternehmens in Wien ausgeübt worden ist. Auch in der Beschwerde nennt keinen konkreten Ort (in der Steiermark) mit entsprechenden Einrichtungen, von dem aus Geschäftsführungshandlungen bzw. die tatsächliche Leitung des Unternehmens ausgeübt worden wären. In Ermangelung entsprechender Indizien war die sachlich zuständige Strafbehörde erster Instanz auch nicht verhalten, von Amts wegen Ermittlungen darüber anzustellen, ob die ihre örtliche Zuständigkeit begründende tatsächliche Unternehmensleitung etwa von einem anderen Ort als dem angegebenen unbestrittenen Firmensitz aus erfolgt wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. Oktober 2004, Zl. 2003/09/0069).

Der Beschwerdeführer bemängelt sodann, die Abgabenbehörde hätte weder Strafanzeige gegen ihn erhoben noch ein bestimmtes Strafausmaß beantragt. Dies wäre jedoch Voraussetzung für die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens gewesen. Das Verwaltungsstrafverfahren gegen ihn hätte eingestellt werden müssen.

§ 28a Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 103/2005 lautet:

"Stellt die Abgabenbehörde eine Übertretung fest, die nach

1. § 28 Abs. 1 Z 1, 5 und 6,
2. § 28 Abs. 1 Z 2 lit. c bis f

zu bestrafen ist, hat die Abgabenbehörde Strafanzeige an die zuständige Verwaltungsstrafbehörde zu erstatten, im Fall der Z 2 nur dann, wenn die Übertretung die Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes durch die Abgabenbehörde betrifft. Mit der Anzeige ist ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen."

§ 28a Abs. 2 AuslBG dient der Sicherung der Kontroll- und Sanktionsmaßnahmen gegen Verletzungen der Vorschriften des AuslBG. Aus dieser Bestimmung kann jedoch nicht die Möglichkeit der Organpartei zur Einflussnahme auf den weiteren Gang des Verfahrens abgeleitet werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2005, Zl. 2003/09/0158). Die Verwaltungsstrafbehörden sind an den Antrag der Abgabenbehörde auch nicht gebunden (vgl. Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration, K.5 zu § 28a AuslBG). Das Verwaltungsstrafverfahren ist kein Anklageprozess.

Dass im vorliegenden Fall die Strafanzeige an die Erstbehörde am 13. November 2006 durch die (gemäß § 28a Abs. 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 68/2002 lediglich bis zum 31. Dezember 2005 zuständige) Zollbehörde, nicht jedoch durch die gemäß § 28a Abs. 2 AuslBG in der ab 1. Jänner 2006 anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 103/2005 zuständige Abgabenbehörde erfolgt ist, verletzte den Beschwerdeführer nicht in seinen Rechten.

Auf dem Boden der sohin in einem ordnungsgemäßen Verfahren und auf Grund einer nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen ist die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, dass es sich bei den vorliegenden Beschäftigungsverhältnissen wenn nicht um abhängige Arbeitsverhältnisse, so jedenfalls um Beschäftigungen in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis iSd § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG gehandelt hat, und dass der Beschwerdeführer sohin den Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht hat, nicht zu beanstanden (vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Tätigkeiten als Werbemittelverteiler etwa die hg. Erkenntnisse vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0105, vom 25. März 2010, Zl. 2009/09/0076, vom 27. Jänner 2011, Zl. 2010/09/0243, vom 24. März 2011, Zl. 2011/09/0029, und vom 12. Juli 2011, Zl. 2008/09/0196, jeweils mwN).

Der Beschwerdeführer macht schließlich geltend, dass die über ihn verhängte Geldstrafe (sowie die Ersatzfreiheitsstrafe) unangemessen hoch sei.

Da der Beschwerdeführer die Beschäftigung von mehr als drei Ausländern zu verantworten hat, kommt der dritte Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG (EUR 2.000,-- bis EUR 20.000,--) pro unrechtmäßig beschäftigten Ausländer zu Anwendung. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der auf die Strafhöhe Einfluss nehmenden Umstände ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschwerdeführer im Verfahren nicht einsichtig gezeigt hat. Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers hat die belangte Behörde den Umstand, dass er in einem Zustellunternehmen tätig sei, nicht als solchen erschwerend berücksichtigt, sondern lediglich im Hinblick auf die spezialpräventive Erforderlichkeit der Höhe der Strafe. Das Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 27. Jänner 2006 kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht mildernd zu Gute gehalten werden, zumal in Punkt V der von der F. GmbH verwendete Vertragsschablone "GSVG-Werkvertrag" schon darauf Bedacht genommen wird, dass sich die "gemeinsam gewollte rechtliche Beurteilung" als nicht tragfähig erweisen könnte, womit die Rechtswidrigkeit des Handelns in ausländerbeschäftigungsrechtlicher Hinsicht in Kauf genommen wird (vgl. zum Stellenwert einer solchen Auskunft und zur Notwendigkeit, sich betreffend der Erforderlichkeit einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung einschlägig, d.h. bei der zuständigen Arbeitsmarktbehörde unter Darlegung der konkreten Vertragsausgestaltung und dem konkret gelebten Beschäftigungsverhältnis zu informieren, die hg. Erkenntnisse vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195, vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0105, und vom 29. April 2011, Zl. 2010/09/0037). Der Verwaltungsgerichtshof teilt auch nicht die Ansicht des Beschwerdeführers, dass in seinem Fall die Voraussetzungen für eine außerordentliche Milderung der Strafe gemäß § 20 VStG vorliegen würden, weil die beiden Milderungsgründen (Unbescholtenheit, Begehung der Tat schon vor längerer Zeit) die Erschwerungsgründe nicht beträchtlich überwiegen. Gegen die Höhe der Strafe bestehen auch im Hinblick auf die festgestellten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers keine Bedenken. Der Umstand, dass die Strafe in Anbetracht der Vielzahl der rechtswidrigen Beschäftigungen sehr hoch ausgefallen ist, ist vom Beschwerdeführer in Kauf zu nehmen, hat er sich doch von der F. GmbH, der die rechtswidrige Vorgangsweise wirtschaftlich zu Gute kam und die für die Geldstrafe auch zu ungeteilten Hand haftet, als verantwortlicher Beauftragter einsetzen lassen. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, er werde durch die Strafe über Jahrzehnte an den Rand seiner wirtschaftlichen Existenz gedrängt und er habe nicht einmal mittelbar von der unerlaubten Ausländerbeschäftigung der F. GmbH profitiert, kann keine Berücksichtigung finden, weil es sonst jedem Arbeitgeber möglich wäre, durch Beauftragung eines (möglichst mittellosen) verantwortlichen Beauftragten zwar den wirtschaftlichen Vorteil durch unerlaubtes Handeln zu lukrieren, jedoch nicht - auch nicht indirekt über die Haftung zur ungeteilten Hand - mit einer entsprechenden Strafe belegt zu werden.

Insgesamt kann der Verwaltungsgerichtshof nicht finden, dass die Berufungsbehörde bei der Strafhöhe den ihr zustehenden Ermessensspielraum überschritten hätte.

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

Von der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 EMRK wurde im gegenständlichen Fall durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal iSd EMRK, Genüge getan (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Jänner 2002, Zl. 99/09/0094, mwN).

Die Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 15. Dezember 2011