jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE UVS Wien 1997/02/24 07/A/36/172/96

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 24.02.1997

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag Fritz über die Berufung des Herrn Andreas R, vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 22. Bezirk, vom 5.2.1996, Zl MBA 22-S 2254/75 (richtig: MBA 22-S 2254/95), betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis vollinhaltlich bestätigt. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von S 2.000,--, das sind 20% der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen.

Text

Begründung:

Der Berufungswerber (Bw) ist unbestrittenermaßen handelsrechtlicher Geschäftsführer der G-GmbH.

Laut Anzeige des Gendarmeriepostens K wurde der polnische Staatsbürger Zbigniew B (in der Folge kurz: B) am 17.2.1995 im Ortsgebiet von K (im Bereich H-straße - G-straße) beim Verteilen von Werbeprospektmaterial - im Auftrag der G-GmbH - angetroffen. Bei seiner Einvernahme am Gendarmerieposten (vgl Niederschrift vom 17.2.1995, AS 5) gab B an, er arbeite seit dem 9.1.1995 bei der G-GmbH. Er verteile für diese Firma Werbematerial. Er arbeite für diese Firma jeden Tag in einer anderen Stadt. Am 17.2.1995 seien sie mittels Bus (er und noch fünf weitere polnische Staatsangehörige) nach K gebracht worden, wo sie an verschiedenen Stellen Werbematerial verteilt haben. Er sei als Tourist nach Österreich eingereist. Ihm sei bekannt, daß er ohne Aufenthaltsbewilligung nicht hätte arbeiten dürfen. Auch seine Landsleute hätten keine dementsprechenden Bewilligungen. Soweit ihm bekannt sei, hätten auch andere in dieser Firma beschäftigte Ausländer keine Bewilligungen. Er bekomme für seine Arbeit in der Woche S 1.500,--. Er sei mit einer großen Tasche mit Werbeprospekten beim Verteilen angetroffen worden. Ihm sei zur Kenntnis gebracht worden, daß er in Hinkunft ohne Bewilligung nicht mehr arbeiten dürfe. Er sei der deutschen Sprache soweit mächtig, daß er alles verstanden habe und keinen Dolmetscher benötige (diese Niederschrift ist von B auch unterschrieben worden).

Der Bw wurde am 29.3.1995 vom Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 22. Bezirk, zur Rechtfertigung aufgefordert, weil er mit der Beschäftigung des B als Werbemittelverteiler durch die G-GmbH gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) verstoßen habe. In seiner Stellungnahme vom 25.4.1995 brachte der - zur damaligen Zeit durch Rechtsanwalt Dr Johann G vertretene - Bw vor, er sei geschäftsführender Gesellschafter der G-GmbH mit dem Sitz in Wien. Diese Feststellung sei notwendig um klarzustellen, daß nicht er für allfällige allenfalls sogar rechtlich relevanten Fakten zur Verantwortung gezogen werden könne, sondern nur die Kapitalgesellschaft. Die Tätigkeit von Werbemittelverteilern, die einen Werkvertrag mit der

Verteilerfirma abgeschlossen haben, sei als selbständige Tätigkeit anzusehen und bedürften diese Personen keiner Beschäftigungsbewilligung. Aus den in Kopie vorgelegten Verträgen gehe hervor, daß es dem Auftragnehmer freistehe, das Gebiet auszuwählen, in dem er Werbemittel verteile, daß dieser weder an einen bestimmten Arbeitsplatz noch eine bestimmte Arbeitszeit oder Weisung gebunden sei, ausgenommen die Vereinbarungen, die Vertrags- und Geschäftsgrundlage des Werkvertrages seien, daß er nicht verpflichtet sei, die Leistungen selbst zu erbringen, sondern sich eines Subunternehmers bedienen könne und daß die Bezahlung nach der Menge und nach Umfang und Schwierigkeit des Verteilungsbereiches erfolge.

Mit Erkenntnis vom 13.2.1973, Zl 2270/71-10, habe der Verwaltungsgerichtshof ua klargestellt: "Bereits im Erkenntnis vom 3.4.1950, Zl 1654/48, habe der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß für die Entscheidung, ob eine Tätigkeit als gewerblich oder nichtselbständig zu werten ist, wesentlich ist, ob der Steuerpflichtige ein Unternehmerwagnis trägt und bei seinen Entschließungen von einer Bindung an Weisungen des Geschäftsherrn, die über die ausdrückliche übernommene Verpflichtung (im gegenständlichen Fall Werkvertrag) hinausgeht, frei bleibt oder nicht". Diese Entscheidung bezogen auf das gegenständliche Verfahren ergebe eindeutig, daß mit Werkvertrag die Verteilung von Werbeprospekten in einem bestimmten Gebiet vereinbart worden sei, wobei der Verteiler an keine bestimmte Arbeitszeit gebunden gewesen und die Bezahlung ebenfalls nach dem geleisteten Umfang, nämlich nach der Menge des verteilten Prospektmaterials und den Erschwernissen des Verteilungsgebietes erfolgt sei. Der Prospektverteiler habe ein Unternehmerwagnis getragen und sei nicht so weit in den geschäftlichen Organismus seines Betriebes eingegliedert gewesen, daß von einem Dienstverhältnis iSd § 36 Abs 3 EStG gesprochen werden könne. Auch die übrigen Voraussetzungen des § 28 BAO lägen bei den Prospektverteilern vor.

Daraus ergebe sich, daß es sich auf Grund des Vertrages um einen Werkvertrag handle, der eine wirtschaftliche Selbständigkeit des ausländischen Staatsangehörigen dokumentiere und somit nicht von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis im Sinne des § 51 Abs 3 Z 2 Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz bzw § 2 Abs 2 lit b AuslBG gesprochen werden könne.

Dieser Stellungnahme war folgendes (undatiertes) Anbot, abgeschlossen zwischen B als Anbotsteller und der G-GmbH als Anbotnehmer angeschlossen:

"1) Auf Grund der mit Ihnen geführten mündlichen Besprechung übernehme ich für die G-Gesellschaft mbH die Verteilung von Werbedrucksorten - Sammeln von Sonderbehältern sowie deren Austausch - in dem mündlich vereinbarten Tätigkeits- und Terminplan.

2) Der Werklohn für die im Punkt 1) angebotene Tätigkeit wird entsprechend dem Umfang und der Schwierigkeit des Verteilungs- und Sammlungsbereiches gesondert vereinbart. Ebenso verhält es sich mit dem Terminplan.

3) Das Anbot gilt von der G-Gesellschaft mbH als angenommen, wenn zwischen Anbotsteller und G-Gesellschaft mbH ein Werkvertrag abgeschlossen wird.

4) Der Werkvertrag bzw das Anbot ist unbefristet und gilt als aufgelöst, wenn der unbefristete Werkvertrag sowohl im Werksvolumen als auch im Terminplan nicht ordnungsgemäß erfüllt wird. Einer gesonderten Aufkündigung des Werkvertrages bedarf es daher nicht."

Ferner war der folgende, zwischen der G-GmbH einerseits und Herrn

B andererseits abgeschlossene Vertrag vom 9.12.1994 angeschlossen:

"1) Gegenstand dieses Vertrages ist die Verteilung von Werbedrucksorten - Sammeln von Sonderbehältern sowie deren Austausch - in dem von Ihnen angebotenen Tätigkeitsbereich. Das Anbot ist somit Vertrags- und Geschäftsgrundlage dieses Werkvertrages.

2) Aus dem Anbot geht auch der Terminplan für die im Punkt 1) angeführte Tätigkeit hervor. Der Terminplan ist strikt einzuhalten. Es steht Ihnen frei, zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen einen Erfüllungsgehilfen als Subunternehmer beizuziehen. Die Haftung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Werkes wird durch die Bestimmungen des Paragraphen 1313 a ff ABGB geregelt.

3) Die Abrechnung der Leistungen im Rahmen des Werkvertrages erfolgt auf Grund Ihres Anbotes und des gesondert zu vereinbarenden Entgeltes für die Erfüllung des Vertrages.

4) Änderungen dieses Vertrages sind nur rechtswirksam, wenn sie von beiden Vertragsparteien einvernehmlich schriftlich erfolgt sind.

G-Gesellschaft für Werbemittelverteilung GesmbH

Niederlassung Wien

Wien, P-straße

Tel: (0222) 25 - Fax-Dw 9

Ges f Werbemittelverteilung GmbH"

(Rechts unten ist als Beginn der 11.10.93 und das Ende der Vertragsbeziehung mit 4.3.95 angegeben). Als weitere Beilage war ein Schreiben des Stadtrates Johann H vom 8.3.1994 angeschlossen, in welchem es unter Punkt 2) heißt, daß Werbemittelverteiler - ebenso wie Zeitungskolporteure - auf Grund dementsprechender Vertragsverhältnisse als Selbständige angesehen würden und somit keiner Beschäftigungsbewilligung bedürften (damit wurden in einem Schreiben des Bw vom 4.1.1994 enthaltene Fragen beantwortet). In einer Stellungnahme vom 16.6.1995 führte das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten aus, in Anlehnung an das Erkenntnis des VwGH zur Zl 94/09/0093 sei zumindest von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis auszugehen, das nach dem AuslBG bewilligungspflichtig sei. Die Berufung auf das Schreiben des Büros von Herrn Stadtrat H sei in keinem Falle geeignet, den Grund für einen entschuldbaren Rechtsirrtum abzugeben, zumal dieses Schreiben von einer sachlich nicht zuständigen Stelle stamme.

Nach Einholung einer weiteren Stellungnahme des Bw vom 23.1.1996 erließ der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 22. Bezirk, das nunmehr vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien angefochtene Straferkenntnis vom 5.2.1996, mit welchem der Bw schuldig erkannt wurde, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der G-GmbH, Wien, P-straße, zu verantworten, daß diese am 17.2.1995 entgegen den Bestimmungen des § 3 AuslBG den polnischen Staatsbürger Zbigniew B, geboren 1964, welcher am 17.2.1995 in der Zeit von 10.30 Uhr bis 11.00 Uhr im Ortsgebiet von K, im Bereich H-straße - G-straße, bei der Verteilung von Werbeprospektmaterial angetroffen worden sei, als Werbemittelverteiler beschäftigt habe, obwohl für den Genannten weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Er habe dadurch § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG idgF verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Bw gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a erster Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe in der Höhe von S 10.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 24 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit S 1.000,-- bestimmt. Begründend führte die Erstbehörde im wesentlichen aus, sie schließe sich den Ausführungen des Arbeitsinspektorates für Bauarbeiten insofern an, als durch das Fehlen eigener Betriebsmittel und Betriebsstätte ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis erwiesen erscheine. Den Einwendungen des Bw, diese Kriterien müßten zwangsläufig auf Grund der besonderen Art der Tätigkeit eines Werbemittelverteilers fehlen, sei entgegenzuhalten, daß eben hiedurch die wirtschaftliche Unselbständigkeit des Werbemittelverteilers gegeben sei. Bei der Strafbemessung sei als mildernd und erschwerend kein Umstand zu werten gewesen. Die verhängte Strafe sei weiters unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen wirtschaftlichen Lage des Bw bemessen worden.

In seiner gegen dieses Straferkenntnis innerhalb offener Frist erhobenen Berufung verwies der Bw auf den Inhalt der Stellungnahmen vom 25.4.1995 und 23.1.1996 und brachte ergänzend vor, falls keine eigenen Betriebsmittel vorhanden seien, könnten diese angemietet werden. Wie weit eine Anmietung von diversen Betriebsmittel (besser Transportmittel) durch die Subunternehmer der G-GmbH erfolgt sei, habe auf Grund eines bisher mangelhaften und somit rechtswidrigen Verfahrens offenbar nicht festgestellt werden können. Es ergebe sich aus der Natur der Sache, daß einer, der laut Werkvertrag Tätigkeiten in der Stadt oder im offenen Land, somit in einem großen örtlichen Raum durchzuführen habe, keine Betriebsstätte brauche. Besonders deutlich zeige sich das Nichtvorhandensein einer Betriebsstätte bei Unternehmungen im Straßenbau. Das Werk sei durch die Verteilung der Prospekte erfüllt. Die Betriebsstätte sei das Verteilungsgebiet. Über die allenfalls nicht vorhandenen eigenen Betriebsmittel fehle im gesamten Strafverfahren und insbesondere im angefochtenen Straferkenntnis eine nachvollziehbare Begründung.

Eine Anfrage bei der Wiener Gebietskrankenkasse, ob der angetroffene polnische Ausländer zur Tatzeit sozialversichert gewesen sei, verlief negativ. Dem Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten wurde die Berufung des Bw mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt. Mit Schreiben vom 12.4.1996 teilte das

Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten mit, dem Schreiben vom 16.6.1995 sei vorerst nichts mehr hinzuzufügen. Mit Ladungsbescheid vom 17.7.1996 wurde der Bw zu Handen seines (damaligen) Rechtsanwaltes Dr G zur - zunächst für 9.9.1996 um 9.00 Uhr anberaumten - Verhandlung geladen. Er wurde weiters ersucht, binnen einer Frist von zwei Wochen Namen und ladungsfähige Anschriften der Personen seines Unternehmens zu nennen, die zur fraglichen Zeit die Verträge mit den Verteilern abgeschlossen und ausgehandelt haben. Auch Zahlungsbelege an den Ausländer und sonstige Unterlagen betreffend das gegenständliche Vertragsverhältnis (Anbot, Vertrag) seien in der Verhandlung im Original vorzulegen. Auch wurde beim Bw angefragt, wer mit dem Ausländer die im "Anbot" erwähnte mündliche Besprechung geführt habe. Auch zum Terminplan bzw dessen Verteilungs- und Sammelbereich seien spätestens bei der Verhandlung schriftliche Unterlagen vorzulegen. Auch die Vereinbarungen über den "Werklohn" seien noch nicht aktenkundig.

Mit Schreiben vom 5.9.1996 teilte die G-GmbH (im Schriftsatz als "Berufungswerberin" bzw "Klägerin" bezeichnet) mit, sie habe den Rechtsanwälten K, Sch, W & Partner Vollmacht erteilt. Zur Vorlage der aufgetragenen Unterlagen, Urkunden und Zeugenbekanntgaben sowie zur Erstattung eines ergänzenden schriftlichen Vorbringens wurde um Vertagung der (ohnehin schon auf 13.9.1996 verlegten) Verhandlung ersucht.

In einer Stellungnahme vom 18.10.1996 brachte die G-GmbH (wiederum als "Berufungswerberin" bezeichnet) vor, sie verteile im Auftrag ihrer Kunden Werbematerial, das ihr von diesen zur Verfügung gestellt werde. Die G-GmbH verpflichte sich gegenüber ihren Kunden, das Werbematerial innerhalb eines vereinbarten Zeitraumes sowie in festgelegten Orten an die Haushalte zu verteilen. Zu dieser Verteilung bediene sie sich Subunternehmer, die sich wiederum gegenüber der G-GmbH verpflichteten, das übergebene Werbematerial in einem vereinbarten Zeitrahmen und an den vereinbarten Orten zu verteilen. Mit dem Werbemittelverteiler Zbigniew B sei ein "Anbot" (keine Datumsangabe) und später ein "Werkvertrag" am 11.10.1993 abgeschlossen worden. Ob diese Bezeichnung aus rechtlicher Sicht richtig sei, bleibe fraglich, sei aber für die Beurteilung des Vertragsverhältnisses nicht relevant. Wichtig für den vorliegenden Sachverhalt sei, daß diese Vereinbarung ausschließlich dazu gedient habe, die Rahmenbedingungen einer Zusammenarbeit mit dem Werbemittelverteiler zu klären. Die G-GmbH sei sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht der Notwendigkeit bewußt gewesen, auf Grund der nahezu subtilen Kriterien, die für oder gegen eine Arbeitnehmerähnlichkeit sprechen, das Vertragsverhältnis genauer zu präzisieren. In den aktuellen Verträgen werde ausdrücklich auf den Charakter einer Rahmenvereinbarung hingewiesen. Auf Grund dieser Rahmenvereinbarung komme es mit den Werbemittelverteilern in unregelmäßigen Abständen zu einer meist mehrtägigen Zusammenarbeit. Wenn auf Grund des - beispielsweise - vorliegenden Vertrages tatsächlich Leistungen des Werbemittelverteilers an die G-GmbH erbracht worden seien, habe es jeweils einer gesonderten - meist mündlichen - Vereinbarung bedurft. Tatsächlich seien die Werbemittelverteiler für einige Unternehmen dieser Branche tätig. Das Auftragsvolumen der G-GmbH schwanke - wie auch bei den anderen Unternehmen dieser Branche - im Laufe eines Kalenderjahres deutlich. Üblicherweise fragten daher Werbemittelverteiler bei der G-GmbH und anderen Unternehmen nach, ob mit Aufträgen zu rechnen sei. Die Abrechnung der Vergütung für diese Leistungen erfolge kurzfristig und grundsätzlich leistungsbezogen. Die Vergütung richte sich nach der Anzahl der verteilten Werbemittel, wobei beachtet werde, daß in dicht verbauten Gebieten die Verteilung von Werbemitteln einfacher und daher rascher erfolge. Der Verwaltungsgerichtshof habe mehrfach die Arbeitnehmerähnlichkeit verneint, wenn eine Person im selben Zeitraum Tätigkeiten für eine ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern ausübe (VwGH 2.9.1993, 92/09/0322; VwGH 21.9.1995, 94/09/0395). Wie aber schon oben ausgeführt worden sei, arbeiteten die Verteiler des Werbematerials keinesfalls ausschließlich für die G-GmbH. Im Gegenteil: Um wirtschaftlich unabhängig zu sein, arbeiteten die Verteiler für eine Reihe unterschiedlicher Unternehmen. Das Fehlen eines Dauerschuldverhältnisses mache ebenfalls deutlich, daß die Verteiler von Werbematerial keinesfalls arbeitnehmerähnlich seien. Ein Dauerschuldverhältnis - wohl hier am ehesten in Form eines freien Dienstvertrages - setze nämlich voraus, daß die Verteiler verpflichtet gewesen wären, ihre Dienste regelmäßig (immer) der G-GmbH anzubieten.

Der Verteiler von Werbematerial entscheide nicht nur selbst darüber, ob und bei welchem Auftraggeber er einen Auftrag annehme, sondern auch über den Ort der Ausübung dieser Tätigkeit. Da die G-GmbH die von den Kunden übernommenen Aufträge nach sachlichen Kriterien splitte, habe sie Aufträge in den verschiedensten Orten (Bezirken) Österreichs zu vergeben. Die G-GmbH habe weder Interesse, daß bestimmte Gebiete bestimmten Verteilern zugeordnet würden oder ob nach Übernahme des Auftrages der Werbemittelverteiler tatsächlich selbst diese Tätigkeit wahrnehme und in welcher Form der Werbemittelverteiler sich diese Arbeit einteile. Für sie sei es nur entscheidend,

daß mit Ende der vereinbarten Frist das Werbematerial verteilt sei. Es fehle daher auch jede persönliche Unterordnung unter das Weisungsrecht und die Einordnung in den Betrieb des Arbeitgebers (offensichtlich von einem anderen Sachverhalt ausgehend die Entscheidung des VwGH vom 2.9.1993, 92/09/0322). Würden für die Vertragserfüllung keine Betriebsmittel gebraucht bzw sei die Tätigkeit an keine Betriebsstätte gebunden, seien diese Kriterien nicht geeignet, weder eine wirtschaftliche Abhängigkeit zu bejahen noch zu verneinen. Als Betriebsmittel werde dem Auftragnehmer ein "Wagerl" zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus seien keine Betriebsmittel notwendig. Selbstverständlich könnte der Auftragnehmer auch mit einem eigenen "Wagerl" diese Tätigkeit wahrnehmen. Der Auftragnehmer müsse auch, wenn er sich von der G-GmbH ein "Wagerl" ausborge, S 1.000,-- hinterlegen. Damit solle vermieden werden, daß der Auftragnehmer mit dem zur Verfügung gestellten Wagerl vielleicht gleich am nächsten Tag für die Konkurrenz austrage. Auch diese Vorgangsweise sei absolut untypisch und nicht mit dem Zurverfügungstellen von Arbeitsmitteln für einen Arbeitnehmer vergleichbar.

Das Oberlandesgericht Wien (15.12.1995, 9 Ra 131/96 t, ARD 4753/39/96) habe zuletzt in einer Entscheidung die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Verteilers des Werbematerials verneint und dies damit begründet, daß "dem Werbemittelverteiler die Gestaltung seiner Einkommenssituation durch die Beliebigkeit der Übernahme von Verteilungsaufträgen selbst überlassen war". Die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien sei auch für das Verwaltungsverfahren von Bedeutung, weil die EB zur RV des AuslBG ausführen, daß bei der Beurteilung, ob es sich um arbeitnehmerähnliche Verhältnisse handle, auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere auf § 2 Abs 1 des ASGG und die dazu ergangene Judikatur Bedacht zu nehmen sei (1451 BlgNr 13.GP). Der VwGH (Zl 92/09/0322) stelle fest, daß der Gesetzgeber im AuslBG den Begriff "arbeitnehmerähnliche Verhältnisse" nicht anders als in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften verstanden wissen wollte.

Wenn die G-GmbH tatsächlich aber den gesetzlichen Tatbestand erfüllt habe, so habe sie dies daher nicht unter Außerachtlassung der ihr möglichen Sorgfalt getan. Auf Grund der vorliegenden Judikatur und Lehrmeinung habe sie zu Recht davon ausgehen können, daß das Vertragsverhältnis nicht mit einer arbeitnehmerähnlichen Person abgeschlossen gewesen sei. Wenn man einer behördlichen Rechtsbelehrung vertrauen dürfe, werde man wohl auch eine Entscheidung eines ordentlichen Gerichtes besonders dann vertauen können, wenn der VwGH schon festgestellt habe, daß der Begriff der "Arbeitnehmerähnlichkeit" genauso ausgelegt werden solle. Aus den oben angeführten Gründen habe die G-GmbH keinesfalls einen Vertrag mit einer arbeitnehmerähnlichen Person abgeschlossen. Selbst wenn sie dies getan hätte, treffe sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien führte (gemeinsam mit den den Bw betreffenden Verfahren zu den Zlen UVS-07/A/08/00170/96 und UVS-07/A/37/00171/96) am 9.12.1996 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Bw, der in Begleitung von Dr Helmut E als dessen Rechtsvertreter erschienen war, teilnahm und in der Herr Gerhard N als Zeuge einvernommen wurde. Anfänglich stellte der Vertreter des Bw klar, daß die Kanzlei von Anfang an vom Bw nach den Bestimmungen des AVG bevollmächtigt gewesen sei. Er werde die verschiedenen Verträge zum Teil noch nachreichen, weil die Art und Weise der Beschäftigung sicherlich in den Einzelfällen unterschiedlich sei. Es gebe Auftragnehmer, die sehr selten für die G-GmbH tätig gewesen seien, andere wieder öfters. Viele verwenden nur ihre eigenen Betriebsmittel, manche leihen sich diese Betriebsmittel (Wagerl) aus. Grundsätzlich werde bei Erstabschluß dieses Vertrages (Rahmenvertrag) darauf geachtet, daß eine Aufenthaltsbewilligung vorliege; hier gebe es eindeutige und klare Anweisungen des Geschäftsführers an die Mitarbeiter. Der Bw habe sich intensiv mit der Rechtslage versucht auseinanderzusetzen; es seien auch in der Kammer intensive Gespräche darüber geführt und im Sozialministerium ein Rahmenwerkvertrag erarbeitet worden, der das Vertragsverhältnis gestalten solle. Dieser Rahmenvertrag sei auch jetzt mit allen neuen Auftragnehmern, die wieder erschienen seien, ausgetauscht worden. Darüber hinaus habe man sich beim zuständigen Stadtrat über die Rechtslage erkundigt und habe dieser ebenfalls bestätigt, daß Werbemittelverteiler nicht als Arbeitnehmer iSd AuslBG zu sehen seien. Insbesondere weise er auch auf die aktuelle Judikatur des VfGH zu § 5 Abs 1 VStG hin (Zl B 2343/94, B 1908/93). Der Bw gab bei seiner Einvernahme an, die im Akt befindlichen Anbote mit den anschließenden Verträgen seien ein Produkt seines früheren Rechtsanwaltes. Von der Kammer sei mit dem Sozialministerium (Dr No) ein Rahmenwerkvertrag ausgearbeitet worden. Dieser werde von ihm verwendet, seit es ihn gebe. Ein genaues Datum werde er noch bekanntgeben. Der bezüglich des Ausländers B vorgelegte Werkvertrag vom 11.10.1993 sei eine uralte Variante, der vom 9.12.1994 die alte Variante, die dann durch einen anderen Vertrag abgelöst worden sei. Es sei branchenüblich, daß man Aufträge zur Werbezettelverteilung annehme und diese dann an die Subunternehmer weitergebe. Vorweg sei mit jedem Ausländer eines solches Anbot

und ein Werkvertrag (nach dem Muster vom 9.12.1994) abgeschlossen worden. Für die Rekrutierung der Leute sei Herr N zuständig (mittlerweile gebe es auch noch andere Mitarbeiter). Herr N nehme die Leute auf und schließe die hier relevanten Verträge ab. Den Vertrag mit Herrn B habe er nachträglich unterschrieben, nachdem er festgestellt habe, daß die Unterschrift fehle. Es gebe verschiedene Werkvertragnehmer; manche holten sich das Material in der Früh, manche untertags. Sie hätten auch Selbstfahrer, die sich das Material mit eigenen Autos holen. Der Werkvertragnehmer könne sich ein Gebiet aussuchen. Dort würden dann die Werbezettel von ihm verteilt. Nach Vereinbarung des Rayons müsse dann der Werbezettelverteiler die Zettel im vereinbarten Gebiet austeilen. Sie vereinbarten mit dem Subunternehmer auch Verteilzeiträume, in denen das Material ausgeteilt sein müsse. Mit dem Subunternehmer werde mündlich der Tätigkeitsbereich und der Terminplan vereinbart. Das Verteilen in einem solchen Rayon könne ein bis zwei Tage dauern (dies hänge von der Arbeitsmenge ab). Es sei meistens ein Tages- oder Zweitagespensum. Der Subunternehmer führe auch Aufzeichnungen über die von ihm verteilten Werbezettel. Der Subunternehmer habe einen Rayonszettel (wie er schon vorgelegt worden sei) auszufüllen und abzugeben. Es seien Straße, Gasse, Hausnummer vorgegeben und der Subunternehmer fülle dann aus, wieviele Zettel er pro Adresse verteilt habe. Diese Aufzeichnungen gebe der Subunternehmer ab und erfolge die Abrechnung dann nach Stückzahl, Gewicht und Schwierigkeitsgrad. Es gebe Mitarbeiter, die die Einhaltung des Gebietes und auch die Verteilung an sich kontrollieren (auch die Qualität werde kontrolliert). Die Konsequenz von Fehlern - je nach Häufigkeit - sei die, daß der Betreffende nicht mehr beauftragt werde. Wenn der Subunternehmer die Leistung nicht entsprechend erbringe, würden entsprechende Kürzungen seines Werklohnes vorgenommen. Wenn sich nachträglich (nach Zahlung des Geldes) Mängel herausstellten, dann würden die Kürzungen bei seinem nächsten Auftrag berücksichtigt (bei extremen Mißständen); die Auszahlung erfolge wöchentlich im nachhinein.

Er werde versuchen, Erkundigungen anzustellen, in welchem Zeitraum die hier relevanten Ausländer für sein Unternehmen tätig gewesen seien. Bei ihnen gebe es eine Fluktuation von 60% bis 70% wegen der saisonalen Unterschiede (zB Einkaufssamstage etc). Auf Anfrage gebe er an, daß es das "Merkblatt für Prospektverteiler" nicht mehr gebe. Es komme schon vor, daß ihre Subunternehmer mit einem Firmenbus in die betreffenden Rayons gebracht würden (in der Regel in den Bundesländern); in Wien würden auch öffentliche Verkehrsmittel benützt. Den Werbezettelverteilern würde auch ein Wagerl, auf dem die Werbezettel transportiert werden könnten, gegen Kaution zur Verfügung gestellt. Manche hätten aber selbst ein solches Wagerl. Jeder, der einen solchen Werkvertrag unterschrieben habe, könne bei ihnen jeden Tag vorbeischauen und fragen, ob es Arbeit gebe. In den Hauptzeiten (etwa Einkaufssamstage) sei in ihrer Branche sehr viel zu tun. Der Punkt

4) des Anbotes sei so zu verstehen, daß ein Subunternehmer, bei dem gravierende Mängel festgestellt worden seien, nicht mehr mit Aufträgen von ihnen betraut werde, da auch ihre Auftraggeber auf die Einhaltung der Geschäftsbedingungen dringen würden. Der Bw legte in dieser Verhandlung ein Schreiben an den Stadtrat H vom 4.1.1994 mit folgendem Inhalt vor:

"Sehr geehrter Herr Stadtrat H!

Ich erlaube mir, Sie auf diesem Weg um Ihre Rechtsmeinung zu

fragen.

Die G beschäftigt sich mit der Dienstleistung "Werbemittelverteilung" im Dienste der österreichischen Wirtschaft, insbesondere der Handels- u Gewerbebetriebe als auch der Stadt Wien.

Es ist unumgänglich ausländische Arbeitskräfte auf Werkvertragbasis für diese Tätigkeit heranzuziehen.

Nun meine Fragen:

1) Ist es richtig, daß Werbemittelverteiler, die nicht österr Staatsbürger sind, so sie nach den neuen Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes alle Voraussetzung erfüllen (wie: ortsübliche gesicherte Unterkunft, Einkommensnachweis und Krankenversicherung), problemlos eine Aufenthaltsgenehmigung erhalten?

2) Ist es richtig, daß Werbemittelverteiler nach unserer Rechtslage als "Selbständige" gelten und es somit auch keiner Beschäftigungsbewilligung bedarf?

Ein G-Verteiler erfüllt sämtliche Kriterien eines selbständig Tätigen!

Sehr geehrter Herr Stadtrat, die jeweils positive Beantwortung bzw Bestätigung meiner zwei Fragen ist eine elementare Voraussetzung unseres Gewerbes.

Mit bestem Dank im Voraus und in Erwartung Ihrer geschätzten

Nachricht empfehle ich mich

mit freundlichen Grüßen

Andreas R

G-Gesellschaft mbH"

Der Bw brachte hiezu vor, er habe dem Stadtrat H dieses Schreiben geschickt, weil er wisse, daß dieser für Ausländerfragen in Wien zuständig sei. Soweit er wisse, seien diesem Schreiben keine Verträge angeschlossen gewesen. Das Antwortschreiben habe er vermutlich kurz nach dem 8.3.1994 bekommen. Schließlich erkärte der Bw, er werde bis 15.1.1997 sämtliche in den drei Verfahren vorhandenen Beweismittel vorlegen, wie zB die Zeiträume der Tätigkeit, Abrechnungen etc.

Der Zeuge Gerhard N gab an, er sei für den Vertrieb zuständig und habe mit den Werbezettelverteilern insoweit zu tun, als er die Verteilung organisiere. Die Leute kämen in der Früh oder tagsüber, um die Prospekte und die Rayone zu holen. Sie kämen zu ihm mit dem Ausweis und suchten sich aus, wo sie arbeiten wollen. Er habe einen Gesamtplan von jedem Bezirk. Er teile die Rayons für Wien und Teile von Niederösterreich und Burgenland ein. Er schaue sich die Ausweise, Meldezettel an und würden die Rahmenverträge dann später (am nächsten Tag) abgeschlossen. Am ersten Tag werde alles mit Dolmetsch erklärt. Es gebe auch ein Merkblatt für Prospektverteiler. Dies sei eine interne Unterlage, die er binnen einer Woche in Kopie vorlegen werde. Wenn der Subunternehmer komme, dann könne er sich ein Rayon aussuchen. Wenn dieser sich ein bestimmtes Rayon ausgesucht habe, dann müsse er dort auch verteilen. Dieser bekomme ein Wagerl und eine Tasche zum Transport für die Prospekte. Es gebe auch welche, die hätten Autos, Busse und die nebenbei auch als Kolporteure arbeiteten. Die Firma habe auch Autos, mit denen die Werbezettelverteiler zu den Rayons gebracht würden. Es komme aber auch vor, daß die Werbezettel vor einem Haus abgestellt würden und sich der Verteiler diese dann dort abhole. Die Leute, die mit einem Bus wohin gebracht worden seien, müßten dann mit der Schnellbahn zurückfahren; manchmal würden die Leute auch mit Autos der Firma zurücktransportiert. Nach der Verteilung bringe der Verteiler Aufzeichnungen (Listen) zurück. Dieser schreibe auf, an welche Hausparteien (an wieviele) er verteilt habe. Anhand der Listen werde dann abgerechnet. Er kontrolliere, ob die Aufzeichnungen richtig seien. Man könne interne Kontrollen in der Firma (anhand eines Ordners) machen und fahre er auch teilweise in die Rayons, um dort Kontrollen (ua durch Befragen der Hausparteien) durchzuführen. Wenn zB jemand Prospekte wegwerfe, dann gebe er diesem keinen Auftrag mehr. Bei kleineren Fehlern werde dies intern geklärt. Er gebe dem Verteiler auch Terminvorgaben, wobei diese in der Regel zwei bis drei Tage Zeit hätten für die Verteilung. Es gebe aber auch Verteiler, die die Prospekte bei ihm für mehrere Verteiler holten und mitnähmen. Er könne sich an eine konkrete Einzelperson heute nicht mehr erinnern. Es gebe Aufzeichnungen, aus denen ersichtlich sei, wie lange jemand für die Firma verteilt habe, wobei auch Unterbrechungen vorkämen. Wenn ihm die im Akt befindlichen Anbote und Verträge vorgehalten würden, so gebe er an, daß diese heute nicht mehr in Verwendung seien. Er wisse heute auch nicht mehr, bis wann diese in Verwendung gestanden seien. Es gebe eine wöchentliche Auszahlung. Es kämen zu ihnen täglich durchschnittlich hundert Leute verschiedener Nationalität; es gebe einige, die er öfter zu Gesicht bekomme.

Über Befragen des Bw gab dieser Zeuge an, es gebe Verteiler, die auch woanders, etwa als Kolporteure oder in der Saison in der Landwirtschaft, arbeiteten. Es gebe eine interne Unterlage, wo obenstehe, wie sich der Verteiler zu verhalten habe, was eine Prospektverteilung sei, wo er den Prospekt hinzugeben habe etc. Bei Kontrollen würden Hausparteien befragt, ob die Prospekte verteilt worden seien (stichprobenartig).

Der Bw gab abschließend an, daß nicht jeder Werkvertragsnehmer einen Ausweis bekomme.

Als Beilage zu seinem Schreiben vom 18.12.1996 legte der Bw ein Merkblatt vor, das den Auftragnehmern anläßlich des Abschlusses der Rahmenwerkvertrag-Vereinbarung übergeben werde. In diesem Merkblatt ist folgendes festgehalten:

"Die Prospekte, die der Verteiler übernimmt, muß dieser innerhalb von zwei Tagen verteilen (der Tag an dem der Verteiler das Prospektmaterial geholt hat oder geliefert bekommen hat, und der darauffolgende Tag!!)

Es sind alle Haushalte zu beliefern, ausgenommen jene, die einen Hinweis am, oder im Bereich des Postkastens aufweisen, woran man ersieht, daß diese keine Prospektsendungen wünschen (siehe Anhang!!)

Ist kein Postkasten vorhanden, müssen die Prospekte in die von uns mitgelieferten Sackerl gesteckt, und an die Tür- oder Torschnalle gehängt werden.

Die Abrechnung erfolgt wöchentlich.

Als Unterlagen sind folgende Papiere mitzubringen:

Meldezettel, Versicherungskarte, Führerschein, Zulassungsschein,

Kontokarte."

Am 16.1.1997 teilte Dr E telefonisch mit, daß keine weiteren Unterlagen vorgelegt werden könnten.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien führte am 24.2.1997 eine weitere mündliche Verhandlung durch, an der der Bw, der in Begleitung von Dr E als seinem Rechtsvertreter (für die Kanzlei K, Sch, W & Partner) erschienen war, teilnahm.

Der Vertreter des Bw legte eine Stellungnahme des Arbeitsinspektorates für den 8. Aufsichtsbezirk vom 16.12.1996 und ein Straferkenntnis der BH N vom 10.2.1997 zum Beweis dafür vor, daß bezüglich der Werbemittelverteiler von der Behörde unterschiedliche Auffassungen über die Arbeitnehmerähnlichkeit bestünden. Offensichtlich bleibe auch nach Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden, somit (und vor allem) auch der teleologischen Methode, der Begriff der "Arbeitnehmerähnlichkeit" unklar und zweifelhaft. Selbst wenn die Behörde zum Ergebnis käme - was vom Bw nachdrücklich bestritten werde -, daß zwei einander gleichartige Auslegungsmöglichkeiten bestünden, sei in einem solchen Fall nach ständiger höchstgerichtlicher Entscheidungspraxis jene zu wählen, die für den Täter die günstigere sei. Sei es dem Gesetzgeber nicht gelungen, die Norm soweit klar zu formulieren, daß ihr Sinn - wenn auch erst in einem juristischen Auslegungsverfahren - letztlich doch eindeutig erschlossen werden könne, dürfe ein solcher Mangel des Gesetzes nicht zu Lasten des Betroffenen gehen. Es wurden dann auch noch die Verhandlungsprotokolle aus den Parallelakten zur Zl UVS-07/A/08/00170/96 vom 4.2. und 7.2.1997 verlesen. Am Ende dieser Verhandlung wurde die Berufungsentscheidung mündlich verkündet.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Vorweg ist folgendes klarzustellen:

Der Bw brachte in seiner Stellungnahme vom 25.4.1995 vor, nicht er könne für allfällige allenfalls sogar rechtlich relevante Fakten zur Verantwortung gezogen werden, sondern nur die Kapitalgesellschaft (nämlich die G-GmbH). Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, daß ein Verwaltungsstrafverfahren nicht gegen eine Firma oder gegen eine juristische Person (hier: G-GmbH), sondern immer nur gegen physische Personen - im vorliegenden Fall eben gegen den Bw - geführt wird (vgl dazu das Erk des VwGH vom 30.6.1994, Zl 94/09/0035).

Der polnische Staatsbürger B war am 17.2.1995 im Auftrag der G-GmbH mit dem Verteilen von Werbeprospektmaterial tätig. Laut Anzeige des Gendarmeriepostens K/Stadt vom 17.2.1995 wurde B dabei in K (Bereich H-straße - G-straße) aufgegriffen, wo er an verschiedene Haushalte Werbeprospektmaterial (eingefaßt in Plastiksackerl) verteilt bzw an Eingangstüren gehängt hat. Unbestritten ist geblieben, daß die G-GmbH für B keine Beschäftigungsbewilligung hatte und daß der Ausländer auch nicht über eine Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein verfügte. Bei seiner Einvernahme am Gendarmerieposten K/Stadt (Niederschrift vom 17.2.1995) gab B an, er arbeite seit dem 9.1.1995 bei der G-GmbH und verteile für diese Firma Werbematerial. Er arbeite für diese Firma jeden Tag in einer anderen Stadt. Am 17.2.1995 seien sie mit einem Bus (er und noch fünf weitere polnische Staatsangehörige) nach K gebracht worden, wo sie an verschiedenen Stellen Werbematerial verteilt haben. Er bekomme für seine Arbeit in der Woche S 1.500,--, wobei er mit einer großen Tasche mit Werbeprospekten beim Verteilen angetroffen worden sei. Diesen Angaben des polnischen Staatsbürgers B über die Dauer seiner Tätigkeit für die G-GmbH ist der Bw im gesamten Verwaltungsstrafverfahren nicht entgegengetreten. So legte der Bw als Beilagen zu seiner Stellungnahme vom 25.4.1995 ein (undatiertes) Anbot, abgeschlossen zwischen B und der G-GmbH sowie einen Vertrag vom 9.12.1994, abgeschlossen zwischen der G-GmbH und Herrn B vor. In dem (undatierten) Anbot ist festgehalten worden, daß B für die G-GmbH ua die Verteilung von Werbedrucksorten in dem "mündlich vereinbarten Tätigkeits- und Terminplan" übernehme. Der Werklohn für die angebotene Tätigkeit werde entsprechend dem Umfang und der Schwierigkeit des

Verteilungs- und Sammelbereiches gesondert vereinbart. Ebenso verhalte es sich mit dem Terminplan. Hiezu ist zu bemerken, daß unter Punkt 1) dieses Anbotes festgehalten ist, daß der betreffende Ausländer die Verteilung von Werbedrucksorten in dem mündlich vereinbarten Tätigkeits- und Terminplan übernehme. Unter Punkt 2) heißt es dann, daß der Werklohn gesondert vereinbart werde und ebenso der Terminplan, dh, im Punkt 1) ist von einem (offenbar bereits) mündlich vereinbarten Tätigkeits- und Terminplan die Rede, während es im Punkt 2) heißt, der Terminplan müsse erst gesondert vereinbart werden. Nähere Angaben zu dem "mündlich vereinbarten Tätigkeits- und Terminplan" (offenbar bei "Abschluß des Anbotes") sind im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens vom Bw jedoch nicht gemacht worden. Im Punkt 4) dieses Anbotes heißt es dann, daß der Werkvertrag bzw das Anbot unbefristet sei und als aufgelöst gelte, wenn der unbefristete Werkvertrag sowohl im Werksvolumen als auch im Terminplan nicht ordnungsgemäß erfüllt werde. Einer gesonderten Aufkündigung des Werkvertrages bedürfe es daher nicht. Schon an dieser Stelle sei bemerkt, daß sich aus diesem Anbot nun nicht ergibt, welche konkret zu verrichtenden Arbeiten der Ausländer (nach dem Inhalt des Anbotes) zu übernehmen gedenkt. Auch ist die Formulierung, daß der Werkvertrag bzw das Anbot unbefristet sei, insofern unverständlich, als es doch ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Werkvertrages ist, daß ein "Werk", somit ein bestimmter Erfolg geschuldet wird (vgl das Erk des VwGH vom 6.9.1994, Zl 93/11/0162). Vielmehr ergibt sich schon aus diesem Anbot, daß es in erster Linie um die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft des polnischen Staatsbürgers B für die Verteilung von Werbematerial geht.

In dem (oben wörtlich wiedergegebenen) Vertrag vom 9.12.1994 heißt es, daß Gegenstand die Verteilung von Werbedrucksorten - Sammeln von Sonderbehältern sowie deren Austausch - in dem von B angebotenen Tätigkeitsbereich sei (das Anbot sei somit Vertrags- und Geschäftsgrundlage dieses Werkvertrages). Eine nähere Aufklärung über den - angeblich - von B vorweg angebotenen Tätigkeitsbereich hat der Bw im Verwaltungsstrafverfahren jedoch nicht gegeben. Aus dem Anbot gehe auch der Terminplan für die angeführte Tätigkeit hervor. Sonderbar ist in diesem Zusammenhang nur, daß es im Anbot unter Punkt 2) heißt, daß der Terminplan gesondert vereinbart werde. Im Vertrag heißt es dann aber, daß der Terminplan strikt einzuhalten sei. Es stehe B frei, zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen einen Erfüllungsgehilfen als Subunternehmer beizuziehen. Die Haftung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Werkes werde durch die Bestimmungen des § 1313a ff ABGB geregelt. Unter Punkt 3) ist festgehalten, daß die Abrechnung der Leistungen im Rahmen des Werkvertrages auf Grund des Anbotes des B und des gesondert zu vereinbarenden Entgeltes für die Erfüllung des Vertrages erfolge. Es geht nun weder aus dem (undatierten) Anbot noch aus dem Vertrag vom 9.12.1994 hervor, zur Herstellung welchen konkreten Werkes sich B mit Abschluß des Vertrages vom 9.12.1994 eigentlich verpflichtet hat. Auch zur Höhe des Entgeltes findet sich weder im Anbot noch im Vertrag ein Hinweis.

Der Bw wurde schon im Ladungsbescheid vom 17.7.1996 aufgefordert, Zahlungsbelege an den Ausländer und sonstige Unterlagen in der Verhandlung vorzulegen. Auch zum Terminplan bzw dessen Verteilungs- und Sammelbereich seien bei der Verhandlung schriftliche Unterlagen vorzulegen. Auch wurde der Bw darauf aufmerksam gemacht, daß eine Vereinbarung über den "Werklohn" nicht aktenkundig sei. Der Bw hat dann als Beilagen zu seiner Stellungnahme vom 18.10.1996 einen (wie sich im Verfahren herausgestellt hat, zum Tatzeitpunkt überholten) Werkvertrag vom 11.10.1993, das schon mehrfach erwähnte (undatierte) Anbot, sowie einen Rayonszettel vorgelegt. Aus den vorgelegten Verträgen vom 11.10.1993 und 9.12.1994 (jeweils rechts unten) geht auch hervor, daß B seine Tätigkeit bereits am 11.10.1993 aufgenommen hat. Der Bw hat in der Verhandlung am 9.12.1996 vorgebracht, von der Kammer sei mit dem Sozialministerium ein Rahmenwerkvertrag ausgearbeitet worden, welcher - seit es diesen gebe - von ihm verwendet werde; ein genaues Datum werde er noch bekanntgeben. Der bezüglich B vorgelegte Werkvertrag vom 11.10.1993 sei eine uralte Variante, der vom 9.12. die alte Variante, die dann durch einen anderen Vertrag abgelöst worden sei. Der Zeuge N erklärte in diesem Zusammenhang, daß die im Akt befindlichen Anbote und Verträge heute nicht mehr in Verwendung seien; er wisse aber heute nicht mehr, bis wann diese in Verwendung gestanden seien. Der Bw hat dann in der Folge kein genaues Datum bekanntgegeben, bis zu dem die "alte Variante" (hier: Vertrag vom 9.12.1994) bei ihm in Verwendung gestanden ist. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien geht also davon aus, daß diese "Vertragsvariante" zum Tatzeitpunkt noch in Verwendung gewesen ist, da vom Bw eine andere Vertragsvariante im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens nicht vorgelegt und auch gar nicht behauptet worden ist, daß der Vertrag vom 9.12.1994 zur Tatzeit nicht mehr gegolten hätte. In der Verhandlung vom 9.12.1996 hat der Bw angegeben, vorweg sei mit jedem Ausländer ein solches Anbot und ein Werkvertrag (nach dem Muster vom 9.12.1994) abgeschlossen worden. Für die "Rekrutierung der Leute" sei Herr N zuständig. Herr N "nimmt die Leute auf" und schließt die hier relevanten Verträge ab. Der Werkvertragnehmer könne sich ein Gebiet aussuchen, wo dann die

Werbezettel von ihm verteilt werden. Nach Vereinbarung des Rayons muß dann der Werbezettelverteiler die Zettel im vereinbarten Gebiet austeilen. Es würden mit dem Subunternehmer auch Verteilzeiträume, in denen das Material ausgeteilt sein müsse, vereinbart. Mit dem Subunternehmer werde mündlich der Tätigkeitsbereich und der Terminplan vereinbart. Aus diesem Vorbringen des Bw geht hervor, daß der (schon im Anbot erwähnte) Tätigkeits- und Terminplan also erst nach Anbotserstellung und Vertragsabschluß bei Übernahme des Werbematerials vereinbart wird. Schon in seiner Stellungnahme vom 18.10.1996 hat der Bw ja darauf hingewiesen, daß sich die Subunternehmer verpflichten, das übergebene Werbematerial in einem vereinbarten Zeitrahmen und an den vereinbarten Orten zu verteilen. Auch ist wohl davon auszugehen, daß ein Werbezettelverteiler sich nur ein solches Rayon "aussuchen" kann, an dem nicht schon ein anderer Verteiler das Werbematerial verteilt (hat). Der Werbezettelverteiler hat also die Möglichkeit, zwischen vorhandenen Rayons auszuwählen, muß dann aber in dem ausgewählten (vereinbarten) Rayon das Werbematerial auch tatsächlich verteilen (und zwar innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens). Auch führte der Bw bei seiner Einvernahme aus, daß der Subunternehmer Aufzeichnungen über die von ihm verteilten Werbezettel führe (Rayonszettel), die er auszufüllen und dann bei der Firma abzugeben habe. Auf Grund dieser Aufzeichnungen erfolge dann die Abrechnung nach Stückzahl, Gewicht und Schwierigkeitsgrad. Auch gebe es Mitarbeiter, die die Einhaltung des Gebietes und auch die Verteilung an sich kontrollierten (auch die Qualität werde kontrolliert). Der Bw erklärte dann auch, welche Konsequenzen es habe, wenn dem Werbezettelverteiler Fehler unterliefen. So würden entsprechende Kürzungen seines Werklohnes vorgenommen, wenn der Subunternehmer die Leistung nicht entsprechend erbringe. Auch könne es sein, daß dieser auf Grund von Fehlern - je nach Häufigkeit - nicht mehr beauftragt werde. Wenn sich nachträglich (nach Zahlung des Geldes) Mängel herausstellten, dann würden die Kürzungen bei seinem nächsten Auftrag berücksichtigt (bei extremen Mißständen). Schließlich wies der Bw auch darauf hin, daß die Auszahlung wöchentlich im nachhinein erfolge. Es komme auch vor - so der Bw -, daß die Subunternehmer mit einem Firmenbus in die betreffenden Rayons gebracht würden (in der Regel in den Bundesländern). Den Werbezettelverteilern würde auch ein Wagerl (zum Transport der Werbezettel) gegen Kaution zur Verfügung gestellt. Jeder, der einen solchen Werkvertrag unterschrieben habe, könne bei ihnen jeden Tag vorbeischauen und fragen, ob es Arbeit gebe. Der Zeuge N erklärte, es gäbe Aufzeichnungen, aus denen ersichtlich sei, wie lange jemand für die Firma verteilt habe, wobei auch Unterbrechungen vorkämen. Vom Bw sind dann in der Folge (betreffend den Ausländer B) keine weiteren Unterlagen (zB Abrechnungen, Rayonszettel), aus welchen sich insbesondere Hinweise über dessen Tätigkeitsdauer entnehmen ließen, vorgelegt worden. Auch bei seiner Einvernahme am 9.12.1996 hat der Bw nicht etwa behauptet, daß die Angabe des B laut Niederschrift vom 17.2.1995, wonach er - zumindest - seit 9.1.1995 für die G-GmbH Werbematerial verteile (jeden Tag in einer anderen Stadt), unrichtig sei.

Der Zeuge N bestätigte dann im wesentlichen die Angaben des Bw (was das Aussuchen der Rayons betrifft). Dieser gab an, die Rayons für Wien und Teile von Niederösterreich und Burgenland einzuteilen. Es gebe auch ein Merkblatt für Prospektverteiler (der Bw hatte zuvor noch behauptet, daß es ein solches Merkblatt nicht gebe). Auch stellte der Zeuge N klar, daß der Subunternehmer dann, wenn er sich ein bestimmtes Rayon ausgesucht hat, dort auch Verteilen muß. Dieser bekomme ein Wagerl und eine Tasche zum Transport für diese Prospekte; in diesem Zusammenhang sei noch einmal auf die Angabe des B bei seiner Einvernahme am 17.2.1995 hingewiesen, wonach er an diesem Tag mit dem Bus nach K gebracht und mit einer großen Tasche mit Werbeprospekten beim Verteilen angetroffen worden sei. Nach der Verteilung - so der Zeuge N - bringe der Verteiler die Aufzeichnungen (Listen) zurück. Dieser schreibe auf, an welche Hausparteien (an wieviele) er verteilt habe. Anhand der Listen werde dann abgerechnet. Auch würden diese Aufzeichnungen auf ihre Richtigkeit hin kontrolliert. Wenn jemand zB Prospekte wegwerfe, dann gebe er diesem keinen Auftrag mehr. Bei kleineren Fehlern werde dies intern geklärt. Er gebe den Verteilern auch Terminvorgaben, wobei diese in der Regel zwei bis drei Tage Zeit hätten für die Verteilung. Dieser Zeuge merkte dann noch an, daß es Aufzeichnungen gebe, aus denen ersichtlich sei, wie lange jemand für die Firma verteilt habe, wobei auch Unterbrechungen vorkämen (solche Aufzeichnungen sind - wie schon oben erwähnt wurde - bezüglich des Herrn B vom Bw nicht vorgelegt worden, wobei er nicht einmal behauptet hat, daß es diese nicht gebe). Auch bestätigte dieser Zeuge, daß es eine wöchentliche Auszahlung gebe.

Aus dem (als Beilage zum Schreiben des Bw vom 18.12.1996) vorgelegten Merkblatt geht hervor, daß die Prospekte, die der Verteiler übernehme, innerhalb von zwei Tagen verteilt werden müssen (der Tag, an dem der Verteiler das Prospektmaterial geholt oder geliefert bekommen habe und der darauffolgende Tag !!). Auch ist genau festgehalten worden in diesem Merkblatt, daß alle Haushalte zu beliefern seien, ausgenommen jene, die einen Hinweis am oder im Bereich des Postkastens aufwiesen, woran man ersehe, daß diese keine Prospektsendungen wünschten. Wenn kein

Postkasten vorhanden sei, müßten die Prospekte in die von der Firma mitgelieferten Sackerl gesteckt und an die Tür- oder Torschnalle gehängt werden. Die Abrechnung erfolge wöchentlich. In dem Begleitschreiben wies der Bw darauf hin, daß dieses Merkblatt (welches es nach seinen ursprünglichen Angaben gar nicht gibt) den Auftragnehmern anläßlich des Abschlusses der "Rahmenwerkvertrag-Vereinbarung" übergeben werde.

Der Bw hat im gesamten Verwaltungsstrafverfahren behauptet, die Tätigkeit von Werbemittelverteilern, die einen Werkvertrag mit der Verteilerfirma abgeschlossen haben, sei als selbständige Tätigkeit anzusehen und bedürften diese Personen keiner Beschäftigungsbewilligung. Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien ist der Ausländer durch die tatsächliche Ausgestaltung seiner Tätigkeit für die G-GmbH als arbeitnehmerähnlich anzusehen. Bei der Beurteilung des zwischen der G-GmbH und dem Ausländer bestehenden Verhältnisses kommt es nicht auf den nominell abgeschlossenen "Werkvertrag", sondern entscheidend auf die tatsächlichen Umstände an. Die Tatsache nämlich, daß eine schriftliche (Rahmen-) Vereinbarung - wie im vorliegenden Fall - als Werkvertrag bezeichnet wird, rechtfertigt alleine nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit (vgl das Erk des VwGH vom 18.10.1989, Zl 88/13/0185).

Auszugehen ist davon, daß die G-GmbH eine als "Werkvertrag" betitelte schriftliche Vereinbarung (datiert mit 9.12.1994) mit B abgeschlossen hat, wobei der Bw in der Verhandlung angemerkt hat, den Vertrag nachträglich unterschrieben zu haben, nachdem festgestellt worden sei, daß die Unterschrift fehle. Der Inhalt dieses Vertrages vom 9.12.1994 ist oben wörtlich wiedergegeben worden.

Zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag einerseits und einem dem AuslBG unterliegenden arbeitnehmerähnlichen Verhältnis hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl 92/09/0322, im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Nach § 1 Abs 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl Nr 218/1975, (AuslBG) regelt dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.

Nach § 2 Abs 1 AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Als Beschäftigung gilt nach Abs 2 der genannten Bestimmung ua die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis und

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,

sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird.

Den Arbeitgebern sind nach Abs 3 lit a der genannten Bestimmung in den Fällen des Abs 2 lit b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, gleichzuhalten.

Gemäß § 3 Abs 1 AuslBG idF BGBl Nr 450/1990 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde. Aus § 2 Abs 2 und Abs 3 AuslBG folgt, daß der Begriff "Beschäftigung" im AuslBG nicht nur Arbeitsvertragsverhältnisse umfaßt, und daß unter Arbeitgeber nicht nur der Vertragspartner eines Arbeitsvertrages zu verstehen ist. Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor der Beschäftigung eines Ausländers trifft daher nach § 3 Abs 1 AuslBG auch einen "Werkvertragsgeber", wenn die Grundlage für den Vertrag nicht in gewerberechtlichen oder sonstigen Normen liegt und der Werkvertrag so beschaffen ist, daß der "Werkvertragsnehmer" zwar nicht in der Frage seiner persönlichen, aber in der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleichkommt. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seinem zum Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz ergangenen Erkenntnis vom 12. Februar 1986, Zl 84/11/0234, Slg NF Nr 12.015/A, eingehend und unter Angabe von Schrifttum und Judikatur

insbesondere zu § 2 Abs 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes mit dem Begriff des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auseinandergesetzt. Die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu § 2 AuslBG weisen hinsichtlich der arbeitnehmer-ähnlichen Verhältnisse ausdrücklich auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere auf § 2 Abs 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes und die dazu ergangene Judikatur hin. Es besteht damit kein Zweifel, daß der Gesetzgeber im AuslBG - abgesehen von der Ausnahme durch den Verweis auf gewerberechtliche und sonstige Vorschriften - den Begriff "arbeitnehmerähnliche Verhältnisse" nicht anders als in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften verstanden wissen wollte. Die Heranziehung des vorher genannten Erkenntnisses auch für das AuslBG ist daher berechtigt. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber auch ein Werkvertragsverhältnis, aber auch ein sogenannter "freier Dienstvertrag" sein kann. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses kann demgemäß jede Art von Arbeitsleistung sein; die Rechtsnatur der Vertragsbeziehungen zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger ist nicht entscheidend. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist vielmehr 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 und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist. 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.

Entscheidend - so der Verwaltungsgerichtshof weiter in der Begründung des Erkenntnisses VwSlg Nr 12.015/A - ist vielmehr der "organisatorische" Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit, und nicht, ob die arbeitnehmerähnliche Person konkret auf die Gegenleistungen aus diesem Rechtsverhältnis zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes angewiesen ist. Darauf, woraus sie konkret ihren Lebensunterhalt bestreitet, kommt es daher auch unter dem "finanziellen" Aspekt ihrer Arbeitnehmerähnlichkeit nicht an. Was den "organisatorischen" Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit betrifft, bedarf es bei der Arbeitnehmerähnlichkeit einer Person im Verhältnis zu einer anderen der Prüfung, ob das konkrete und genau zu erhebende Gesamtbild der Tätigkeit, die diese Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leistet, so beschaffen ist, daß sie auf Grund der Art und Weise, in der sie für ihn tätig ist, trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, ihre Arbeitskraft, insoweit sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über ihre Arbeitskraft gehindert ist, anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen, und daher als unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie der persönlich abhängige Arbeitnehmer tätig anzusehen ist. Bei dieser Beurteilung ist - in methodischer Hinsicht - zu beachten, daß nicht alle Kriterien, die an sich zur Bestimmung der Arbeitnehmerähnlichkeit wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit in konkreten Einzelfällen möglicherweise relevant sein könnten, als solche aber gar nicht erschöpfend faßbar sind, verwirklicht sein müssen; arbeitnehmerähnlich kann daher eine Person auch dann sein, wenn hinsichtlich deren Tätigkeiten das eine oder andere an sich relevante Merkmal fehlt, das eine oder andere an sich relevante Merkmal nur geringfügig ausgeprägt ist, während andere wieder in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kommen. Hiebei dürfen einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, nicht isoliert voneinander gesehen werden, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden. Übt eine Person im selben Zeitraum Tätigkeiten für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern aus, so spricht dies grundsätzlich gegen ihre Arbeitnehmerähnlichkeit wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit im Verhältnis zu ihrem Auftrag, weil derjenige, der gleichzeitig mit einer unbestimmten häufig wechselnden Zahl von Auftraggebern zu tun hat, im Regelfall von keinem einzelnen von ihnen wirtschaftlich abhängig ist. Die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung aller für ein abhängiges Arbeits- oder arbeitnehmerähnliches Verhältnis einerseits oder für einen Vertrag mit einem selbständigen Partner andererseits sprechenden tatsächlichen Umstände, wie sie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 2. September 1993, Zl 92/09/0322, herausgearbeitet hat, ist auch das Ergebnis der Analyse von Strasser, "Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag", in: Das Recht der Arbeit Nr 2/1992, S 93 ff (vgl zum Ganzen insbesondere die Erk des VwGH jeweils vom 15.12.1994, Zl 94/09/0085, Zl 94/09/0091,

Zl 94/09/0092 und Zl 94/09/0093). An diesen Maßstäben gemessen ergibt sich für den vorliegenden Fall in erster Linie, daß es an einem fest umgrenzten, (im Werkvertrag vom 9.12.1994) vereinbarungsgemäß umschriebenen "Werk" fehlt; in dem schon mehrfach erwähnten Vertrag vom 9.12.1994 wurde es dem Ausländer aber freigestellt, zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung einen Erfüllungsgehilfen als Subunternehmer beizuziehen, was wiederum für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit des Ausländers spreche. In diesem Zusammenhang ist aber zu bemerken, daß - wie schon oben erwähnt wurde - aus dem Vertrag vom 9.12.1994 die vom Ausländer zu erfüllende vertragliche Verpflichtung (nämlich das "Werk") gar nicht hervorgeht. Ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines Werkvertrages ist es, daß ein "Werk", somit ein bestimmter Erfolg, geschuldet wird. Umfaßt der Auftrag des Unternehmens des Bw an den Ausländer "die Verteilung von Werbedrucksorten in dem angebotenen Tätigkeitsbereich", so ist, auch wenn bei der Übernahme des Werbematerials von Herrn N ein bestimmter Rayon vereinbart und ein Verteilungstermin vorgegeben wird, nicht die Herstellung eines bestimmten Erfolges (Werkes) durch den ausländischen Staatsbürger B im Vordergrund gestanden, sondern die Bereitstellung der Arbeitskraft des Herrn B zur Verteilung von Werbematerial. Es handelt sich aber jedenfalls um regelmäßig wiederkehrende Leistungen, durch deren Erbringung der Ausländer in seiner Entscheidungspflicht auf ein Minimum eingeschränkt ist (vgl das Erk des VwGH vom 17.1.1991, Zl 90/09/0159). Im übrigen überwiegen nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien die für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechenden Argumente eindeutig:

So haben sowohl der Bw als auch der Zeuge N das in der G-GmbH bestehende Kontrollsystem näher erläutert. So gibt es sowohl interne Kontrollen in der Firma als auch Kontrollen in den Rayons. Wenn der Verteiler die Leistung nicht entsprechend erbringt, so werden entsprechende Kürzungen seines (Werk-) Lohnes vorgenommen. Wenn sich nachträglich (nach Zahlung des Geldes) Mängel herausstellen, dann werden die Kürzungen bei seinem nächsten Auftrag berücksichtigt. Auch kann die Konsequenz von Fehlern (je nach Häufigkeit) sein, daß der Verteiler nicht mehr beauftragt wird. Auch ist auf das Fehlen eigener Betriebsstätten und Betriebsmittel des Verteilers hinzuweisen, der vielmehr Betriebsmittel (Bus, "Wagerl", Tasche zum Transport der Werbezettel) der G-GmbH in Anspruch nahm, um seine Verpflichtungen gegenüber dieser erfüllen zu können. Auch erfolgte die Abrechnung und die Auszahlung wöchentlich (im nachhinein).

Aus dem Hinweis des Bw in seiner Stellungnahme vom 25.4.1995 auf das EStG bzw die BAO kann für die Berufung schon deshalb nichts gewonnen werden, weil die Begriffe des Arbeitnehmers im Sinne des Steuerrechtes und des Arbeitnehmers bzw des "Arbeitnehmerähnlichen" im Sinne des AuslBG, den Zwecken der beiden Rechtsgebiete entsprechend, nicht ident sind. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien geht daher davon aus, daß trotz der Bezeichnung der zwischen der G-GmbH und dem Ausländer getroffene Vereinbarung als "Werkvertrag" die für eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit desselben für die G-GmbH sprechenden Elemente überwiegen. Es ist also dieses Verhältnis gemäß § 2 Abs 2 lit b AuslBG als Beschäftigung im Sinne dieses Gesetzes anzusehen, wobei die G-GmbH gemäß § 2 Abs 3 lit a AuslBG dem Arbeitgeber gleichzuhalten ist.

Der Bw brachte auch vor, er habe, wenn er tatsächlich aber den gesetzlichen Tatbestand erfüllt habe, dies nicht unter Außerachtlassung der ihm möglichen Sorgfalt getan. Er habe auf Grund der Judikatur und Lehrmeinung davon ausgehen kö

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, http://www.wien.gv.at/uvs/index.html

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at