

# TE UVS Wien 2009/03/04 07/A/36/7030/2008

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.03.2009

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch die Vorsitzende Dr. Rotter, den Berichter Mag. Fritz und den Beisitzer Mag. Pichler über die Berufung des (am 4.3.1967 geborenen) Herrn Ralf K., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 6./7. Bezirk, vom 14.7.2008, Zl. MBA 6/7 ? S 2120/07, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach am 10.12.2008 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis insoweit mit der Maßgabe bestätigt, dass die Tatanlastung zu lauten hat wie folgt:

?Sie, Herr Ralf K., haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Ki-GmbH mit Sitz in Wien, N-gasse, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin vom 1.6.2006 bis zumindest 17.8.2007 in ihrem Ki.-Betrieb in Wien, N-gasse, die polnische Staatsbürgerin Beata Ewa P. (geb. am 15.11.1974), als Reinigungskraft beschäftigt hat, obwohl für diese weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs 5) oder eine Arbeiterlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (§ 8 Abs 2 Z 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel ?Daueraufenthalts-EG? (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde?. Die verletzten Verwaltungsvorschriften (§ 3 Abs 1 und § 28 Abs 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz) sind in der Fassung BGBl. I Nr. 103/2005 anzuwenden.

In der Straffrage wird der Berufung insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe von 4.200,-- Euro auf 3.500,-- Euro und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen, 4 Stunden auf 3 Tage herabgesetzt werden.

Die Strafnorm lautet: § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz idF gemäß BGBl. I Nr. 103/2005. Dementsprechend verringert sich der erstinstanzliche Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs 2 VStG von 420,-- Euro auf 350,-- Euro. Gemäß § 65 VStG wird dem Berufungswerber kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

## Text

Der Berufungswerber (in der Folge kurz: Bw) ist unbestrittenermaßen (neben Werner Ki. und Dr. Gabriela Ki.) handelsrechtlicher Geschäftsführer der Ki-GmbH (in der Folge kurz: GmbH) mit dem Sitz in Wien und gemäß § 9 Abs 1 VStG als nach außen zur Vertretung berufenes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften (hier: des Ausländerbeschäftigungsgesetzes) verantwortlich. Aufgrund einer Anzeige des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 6.9.2007 und nach erstinstanzlichen Ermittlungen wurde der Bw mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 6./7. Bezirk, vom 14.7.2008 schuldig erkannt, er habe es als zur Vertretung nach außen Berufener, nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer (§ 9 Abs 1 VStG) der GmbH zu verantworten, dass

diese Gesellschaft mit Sitz in Wien als Arbeitgeber vom 1.6.2006 bis zumindest 17.8.2007 in Wien, N-gasse, entgegen dem § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes eine ausländische Arbeitskraft, nämlich Frau P. Beata Ewa, geb. am 15.11.1974, Staatsbürgerschaft:

Polen (in der Folge kurz: P.), als Reinigungskraft beschäftigt habe, obwohl für diese Person weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Der Bw habe dadurch § 28 Abs 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, idGF. (AuslBG) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Bw gemäß § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz AuslBG, idF gemäß BGBl. I Nr. 126/2003 eine Geldstrafe von 4.200,-- Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen und 4 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 420,-- Euro bestimmt.

In seiner gegen dieses Straferkenntnis innerhalb offener Frist erhobenen Berufung machte der Bw eine unrichtige und unvollständige Feststellung des Sachverhaltes und Verfahrensmängel geltend. Der Bw bemängelte, dass sich im Bescheid weitere Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die begründen könnten, wieso der abgeschlossene (echte) freie Dienstvertrag arbeitnehmerähnlich sein solle, nicht fänden. Frau P. stehe nicht in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur GmbH, sondern sei als befugte Unternehmerin von der GmbH mit der Reinigung des Studios in Wien, N-gasse, beauftragt worden. Der echte freie Dienstvertrag sei auch tatsächlich so gehandhabt worden, wie er schriftlich vereinbart worden sei. Die erstinstanzliche Behörde schenke Frau P. mit der Aussage, keine Mitarbeiter zu beschäftigen bzw. bei den Sozialversicherungsträgern anzumelden, Glauben. Ihm sei bekannt, dass Frau P. regelmäßig mit Hilfskräften die Reinigungsarbeiten verrichte bzw. gelegentlich von ihnen verrichten lasse, ohne selbst anwesend zu sein. In Befolgung des Punktes 2.3 des freien Dienstvertrags seien folgende Personen als Hilfskräfte von Frau P. der GmbH gemeldet worden: Frau Lucja Pi., Frau Aneta Pi., Frau Magda Pi. und Frau Jolanta C.. Im Zuge der Grundreinigung, die zweimal pro Jahr durchgeführt worden sei, habe Frau P. folgende weitere Personen genannt, die sie bei dieser Arbeit unterstützen: Herr Adrian T., Herr Tomasz S., Herr Tomasz T., Frau Aldona S.. Am 17.6.2007 sei im Betrieb Frau Anna W. bei der Verrichtung von Reinigungsarbeiten betreten worden. Diese sei entgegen dem Punkt 2.3 des freien Dienstvertrags nicht vorangemeldet erschienen.

Er könne leider keine Beweise für weitere unternehmerische Tätigkeiten der Frau P. vorlegen. Aufgrund des fehlenden Einblicks in die Sphäre des Unternehmens der Frau P. wäre ein solcher Nachweis aber auch sehr schwer zu erbringen, wie jede andere außen stehende Person auch die Geschäftstätigkeit eines Kleinunternehmens nur schwer überblicken könnte. Es könne ihm daher nicht angelastet werden, dass er keine weitere Geschäftstätigkeit der Frau P. nachweisen könne. Im Zweifelsfall wäre jedenfalls zu seinen Gunsten von einer weiteren Geschäftstätigkeit der Frau P. auszugehen gewesen. Es treffe nicht zu, dass Frau P. nach gereinigten Gegenständen bezahlt worden sei, die Vergütung sei monatlich pauschal berechnet worden. Eine Bezahlung nach gereinigten Gegenständen wäre außerordentlich aufwendig zu administrieren und daher unwirtschaftlich. Dieser Punkt erscheine ihm für die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes unmaßgeblich. Es lasse sich jedoch aus der Aussage der Frau P. in diesem Punkt auf ihre generelle Unglaubwürdigkeit schließen.

Frau P. habe angegeben, den freien Dienstvertrag unterschrieben zu haben, ohne einen Dolmetscher hinzugezogen und ohne den Inhalt verstanden zu haben. Die Aussage, sie habe den Text nicht verstanden, klinge aber sehr unglaubwürdig. Diese verfüge über durchaus gute Deutschkenntnisse. Außerdem sei ihr bei Vertragsabschluss ihre Cousine Aneta Pi. zur Verfügung gestanden. Frau Aneta Pi. habe damals schon längere Zeit in Österreich studiert und verfüge über ausgezeichnete Deutschkenntnisse. Es wäre daher zumindest nahe gelegen, bei Unklarheiten über den Inhalt des Vertragsangebots die Cousine um Hilfe zu bitten. Frau P. habe vor Unterzeichnung des freien Dienstvertrages Herrn Sch. ihre Gewerbeberechtigung vorgelegt. Es sei geradezu undenkbar, dass Frau P. über die Bedeutung des Nachweises der Gewerbeberechtigung nicht Bescheid gewusst habe. Wenn sie aber gewusst habe, dass es der GmbH darauf angekommen sei, mit einer Unternehmerin abzuschließen, könne sie nicht zugleich geglaubt haben, einen arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrag oder gar einen Dienstvertrag iSd §§ 1153ff ABGB abgeschlossen zu haben. Mehrere Aussagen der Frau P. seien nachweislich unrichtig. Offenbar möchte diese das Vertragsverhältnis und sein Zustandekommen in völlig anderem Licht erscheinen lassen als es der Wahrheit entspreche. Dies nehme ihren Aussagen insgesamt jede Glaubwürdigkeit. Tatsächlich habe Frau P. im

spruchgegenständlichen Zeitraum ein kleines Unternehmen mit vier regelmäßigen und fünf gelegentlichen Mitarbeitern geführt und sie sei für die erbrachten Dienstleistungen, wie in der Branche üblich, monatlich pauschal bezahlt worden; den unterzeichneten Vertrag habe sie selbstverständlich verstanden.

Die erstinstanzliche Behörde habe ? so führte der Bw weiters aus ? selbst unter der Annahme, dass in die vorgelegten Urkunden eingesehen worden sei, 19 Beweisanträge der Stellungnahme vom 2.10.2007 und zehn Beweisanträge der Stellungnahme vom 5.6.2008 ohne jede Begründung außer Acht gelassen. Alle diese Beweisanträge wären geeignet gewesen, Sachverhaltselemente zu belegen, die für ihn günstig seien; das Verfahren sei daher in qualifiziertem Ausmaß rechtswidrig gewesen. Der Bw bemängelte dann, es seien zu dem folgenden Vorbringen keine Erhebungen geführt und keine Feststellungen getroffen worden: Zu den Möglichkeiten der Frau P., weitere Aufträge anzunehmen, zur Anmeldung der selbständigen Tätigkeit der Frau P. bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, zum Vorliegen einer Gewerbeberechtigung und zur Voraussetzung ihres Vorliegens für den Vertragsabschluss, zur Weisungsfreiheit, zur freien Zeiteinteilung und zur Schuld. So könne ihm selbst für den Fall, dass der echte freie Dienstvertrag als arbeitnehmerähnlich qualifiziert werden sollte, keine Fahrlässigkeit iSd § 5 VStG angelastet werden. Er habe sich zur Erstellung des freien Dienstvertrages anwaltlicher Beratung bedient. Es sei die Abgrenzung eines echten freien Dienstvertrages von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis iSd § 2 Abs 2 lit. b AuslBG auch aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Definition schwierig. Die Reichhaltigkeit der Rechtsprechung mache eine verlässliche Beurteilung schon für Juristen mühsam, für nicht juristisch gebildete Adressaten des Gesetzes sei diese Beurteilung unzumutbar. Da es nicht möglich sei, Rechtssicherheit durch die Behörde im Vorhinein zu erlangen, trage der Auftraggeber immer das Risiko, dass die Verwaltungsstrafbehörde das Vertragsverhältnis zu seinen Ungunsten beurteile. In dieser Situation müsse einem Adressaten des AuslBG zugute gehalten werden, wenn er sich juristisch beraten lasse und diesem Ratschlag folge; dies habe er im vorliegenden Fall getan. Die sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten der GmbH würden ständig durch die Ti-OEG betreut. Wenn dennoch die Anmeldung der Frau P. als freie Dienstnehmerin bei der WGKK erfolgt sei, so dürfte dies auf einem Kommunikationsfehler zwischen der GmbH und der Ti-OEG beruhen. Für die Beurteilung des freien Dienstverhältnisses im Lichte des AuslBG sei diese Anmeldung ohnedies belanglos, könne ihm aber auch nicht zur Last gelegt werden. Sollte der Unabhängige Verwaltungssenat entgegen seiner Rechtsansicht den freien Dienstvertrag als arbeitnehmerähnlich beurteilen, so treffe ihn an der Gesetzesübertretung keine Schuld, weil er sich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden habe.

Der Bw bemängelte weiters, dass sich im Bescheid weitere Feststellungen, die begründen könnten, wieso der abgeschlossene (echte) freie Dienstvertrag arbeitnehmerähnlich sein solle, nicht fänden. Die erstinstanzliche Behörde sei seinen Beweisanträgen nicht nachgekommen, ohne dies zu begründen. Es fehle auch die Begründung, warum die Aussage der Zeugin P. angesichts der Gegenbeweise glaubwürdig sein solle. Es werde auch nicht die Maßgeblichkeit der ASVG-Anmeldung für die Annahme einer Arbeitnehmerähnlichkeit begründet. Die Anmeldung dieses freien Dienstverhältnisses sei durch die Kanzlei des Steuerberaters erfolgt. Hierbei dürfte es sich um einen Irrtum gehandelt haben, weil Frau P.'s Dienstvertrag gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GSVG bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert sei und daher die Versicherungspflicht gemäß ASVG entfalle. Der Umstand, dass diese Anmeldung erfolgt sei, besage daher nichts zur Arbeitnehmerähnlichkeit des Vertragsverhältnisses. Wieso dennoch eine derartige Relevanz angenommen worden sei, wäre daher zu begründen gewesen. Hätte die erstinstanzliche Behörde ? so führte der Bw weiters aus ? den Sachverhalt richtig festgestellt, hätte sie den freien Dienstvertrag der GmbH mit Frau P. nicht als "arbeitnehmerähnliches Verhältnis" iSd § 2 Abs 2 lit. b AuslBG, sondern als echten freien Dienstvertrag beurteilt. Damit unterläge der Vertrag nicht dem AuslBG und die Tat wäre nicht strafbar.

Das AuslBG enthalte keine Definition des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses, der VwGH meine jedoch, dass dieser Begriff im AuslBG wie in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften zu verstehen sei. Unter Anwendung von ? vom VwGH im Erkenntnis vom 20.5.1998, Zl. 97/09/0241 herausgearbeiteten - Kriterien komme man zum Ergebnis, dass der vorliegende freie Dienstvertrag keine Arbeitnehmerähnlichkeit aufweise (der Bw zählt folgende Punkte auf:

Gewerbeberechtigung als Voraussetzung des Vertragsabschlusses, keine Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der Arbeitsleistung, Weisungsfreiheit, freie Zeiteinteilung, die Tätigkeit für die GmbH lasse Zeit für andere Aufträge; kein Konkurrenzverbot; Bedeutung der Anmeldung bei der Sozialversicherung, kein Ausweis der Umsatzsteuer). Alle vom Bw aufgezählten Punkte würden in der Praxis so eingehalten, wie sie im freien Dienstvertrag angeführt seien. Von den vom VwGH im angeführten Erkenntnis genannten Kriterien sprechen die Kriterien 3., 4., 5., 7. und 8. für das Vorliegen eines nicht arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrages. Die Kriterien 1. und 2. treffen auf die

gegenständlich erbrachten Raumpflegeleistungen jedenfalls nicht zu. Leistungen der Gebäudereinigung würden unabhängig davon, ob sie selbständig oder unselbständig erbracht würden, denknottwendig im Unternehmen des Auftrag- bzw. Arbeitgebers erbracht. Auch große Reinigungsunternehmen erbringen ihre Leistungen üblicherweise aufgrund von langfristigen, häufig auch unbefristeten Verträgen. Auch das Kriterium der Langfristigkeit versage also bei Raumpflegeleistungen. Die Kriterien 9. und 10. seien für die Frage, ob ein arbeitnehmerähnlicher oder echter freier Dienstvertrag vorliege, ebenso belanglos, da beide Vertragsarten üblicherweise entgeltlich seien und die Dienstleistungen jedenfalls dem Auftrag- bzw. Arbeitgeber zugute kämen. Diese Prüfung anhand der vom VwGH aufgestellten Kriterien zeige, dass kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorliegen könne. Liege aber kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vor, sei das AuslBG mangels Beschäftigung iSd § 2 AuslBG nicht anzuwenden. Es könne daher auch nicht die Strafnorm des § 28 Abs 1 Z 1 lit. a AuslBG übertreten worden sein. Es werde daher beantragt, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu unter Anwendung des § 21 VStG von einer Strafe abzusehen.

In seiner Stellungnahme (vom 22.9.2008) zu dieser Berufung brachte das Finanzamt Wien 6/7/15 vor, es bleibe bei seinen bisherigen Ausführungen (im erstinstanzlichen Verfahren). Es stelle sich die Frage, wenn der Bw unter Punkt 1.6 die pauschale Abrechnung anführe, unter welchen Voraussetzungen die Abrechnung erfolgt sei, da Frau P. bei ihrer Einvernahme ausgesagt habe, keine Rechnungen ausgestellt bzw. geschrieben zu haben. Voraussetzung für eine ordnungsgemäß geführte Buchhaltung seien Rechnungen, die einer gewissen Rechtsnorm unterliegen. Die Fragen bei der Einvernahme könne sie auf keinen Fall falsch verstanden haben, da ein Dolmetsch anwesend gewesen sei. Über h.a. Ersuchen übermittelte der Bw (als Beilagen zu seinem Schreiben vom 25.9.2008) zahlreiche Unterlagen, wie Kopien der Reisepässe der von ihm genannten Personen, die Frau P. bei ihren Arbeiten geholfen haben sollen, den Reinigungsplan vom 7.9.2006 und dessen Ergänzung vom 22.7.2007, ?Lohn/Gehaltsabrechnungen? bezüglich der Frau P. des Jahres 2007, Aufstellung der Mitarbeiter der GmbH, die in der Zeit von Mai bis Juli 2007 im Betrieb in der N-gasse tätig gewesen seien.

Ergänzend brachte der Bw dabei vor, der Reinigungsplan sei eine übliche und notwendige Leistungsbeschreibung gewesen. Die Vorgaben für die Verwendung bestimmter Reinigungsmittel an bestimmten Geräten folgen den Pflegenotwendigkeiten der einzelnen Geräte. Auf Seite 1 unten der Ergänzung vom 22.7.2007 sei in Entsprechung des Punktes

2.3 des freien Dienstvertrages vereinbart worden, dass zur Reinigung außer Frau P. drei weitere Personen (Lucia Pi., Magda Pi., Jolanta C.) zugelassen würden. Mit ihrer Unterschrift habe Frau P. auch zu erkennen gegeben, dass sie beabsichtige, diese Mitarbeiterinnen einzusetzen. Auch dieses Dokument bewiese somit, dass die Aussage der Frau P., keine Mitarbeiter einzusetzen, unrichtig gewesen sei. Ein Beginn der Reinigung sei festgelegt worden, um jedenfalls einen Zeitraum zu haben, in dem Ki.- Mitarbeiter und Mitarbeiter der Frau P. zugleich in den Betriebsräumen anwesend seien, damit mündlich und daher unkompliziert kommuniziert werden könne. Es genüge nach dem Reinigungsplan, wenn eine Person um die angegebene Zeit mit der Reinigung beginne. Es sei Frau P. freigestanden, wann und ob sie selbst und wann und ob weitere Mitarbeiter ihre Arbeit beginnen. Endzeit sei keine festgelegt (gewesen). Die Reinigung habe bei reduziertem Licht zu erfolgen, um den Stromverbrauch zu reduzieren und eine Belästigung von Nachbarn durch Lichtemissionen in der Nacht zu vermeiden. Die meisten anderen Bullet-Points auf der ersten Seite des Reinigungsplanes legen Verhaltensvorschriften fest, die die GmbH als Inhaberin des Hausrechts festgesetzt habe und auch für andere Personen gelten, die sich in der Betriebsanlage aufhalten. Aus den Lohn/Gehaltsabrechnungen sei ersichtlich, dass die Aussage der Frau P., sie sei nach gereinigten Gegenständen bezahlt worden, nicht zutrefte. Nachdem die GmbH den Irrtum in der Abrechnung der Reinigungsleistungen erkannt habe, sei die Abrechnung umgestellt worden.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien holte im Zuge des Berufungsverfahrens Auskünfte verschiedener Stellen ein (Meldeanfragen, Beischaffung eines Firmenbuchauszuges der GmbH, Anfragen an die Wiener Gebietskrankenkasse, Beischaffung des Aktes zur Zl. MA 35-9/2802456-01-09, betreffend Frau P. von der Magistratsabteilung 35) und führte am 10.12.2008 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Bw, der in Begleitung von Herrn Mag. Dr. Robert R. (für die Rechtsanwälte GmbH) als seinem Rechtsvertreter erschienen war und Herr Mag. N. als Vertreter des Finanzamtes Wien 6/7/15 teilnahmen und in der Herr Mag. Ti., (in Beisein einer Dolmetscherin für die polnische Sprache) Frau P., Herr Mag. Sch., Frau Cornelia F. und Herr Gerrit D. als Zeugen einvernommen wurden.

Herr Mag. Ti. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

?Meine Steuerberatungskanzlei macht die steuerliche Beratung sämtlicher Betriebe der Ki-GmbH (GmbH) in Österreich. Ich mache die An- und Abmeldung des Personals. Die Unterlagen dafür werden mir per E-Mail übermittelt. Ich war mit der Frage der Reinigung der Betriebe nicht näher befasst, ich weiß nur, dass die Leute freie Dienstverträge haben, dies schon vor meiner Zeit, ich bin erst seit drei Jahren für die GmbH tätig.

Wir haben von der Ausländerin die Daten bekommen, wie sie heißt und wo sie wohnt. Im Zuge der Abrechnungen ist uns immer gesagt worden, was aufgrund des Werkvertrages ihr zusteht. Diese hat die Reinigung gemacht und hat sich auch frei vertreten lassen können. Für mich ist alleine entscheidend, dass bei freiem Dienstvertrag eine Person nicht bei der ASVG-Versicherung anzumelden ist, wenn sie einen Gewerbeschein hat. Außer Name und Adresse habe ich von der Ausländerin keine weiteren Daten bekommen.

Auf die Frage, ob ich den Vertrag bekommen habe, gebe ich an, den schon. Meine Lohnverrechnung hat dann die Anmeldung vorgenommen. Auch die Gehaltszettel werden von uns gemacht.

Über Vorhalt der AS 114ff gebe ich an, so schaut dies aus. Ich bekomme hierfür nur die angeführten Euro-Beträge mitgeteilt. Ansonsten habe ich mit den Putztätigkeiten und der Abwicklung nichts zu tun. Ich habe nicht näher geprüft, wie die Tätigkeit der Ausländerin konkret abgelaufen ist. Ich habe vom Geschäftsführer eine Vollständigkeitserklärung.

Über Befragen des Beisitzers:

Ich mache auch die Lohnverrechnung für die GmbH.

Die Daten über sämtliches Personal, auch des Reinigungspersonals, in welcher Form diese auch immer arbeiten, werden uns von der Geschäftsleitung übermittelt. Es ist erst bei späteren Recherchen entdeckt worden, dass die Information über den Gewerbeschein mir nicht zugekommen ist. Für mich ist ein solcher Gewerbeschein dann entscheidend, dass ich bei einem freien Dienstvertrag keine Anmeldung zur ASVG-Versicherung zu machen habe. Ich weiß nicht, ob in der Bilanz für das Jahr 2006 der Aufwand für die Ausländerin im Personal- oder Sachaufwand aufscheint. Normalerweise ist der Reinigungsaufwand im Sachaufwand enthalten.

Es wird mir schon mitgeteilt, mit welcher Tätigkeit eine mir mitgeteilte Person befasst ist. Ich sehe schon aufgrund des Pauschales wegen Maschinenreinigung, dass es eine Reinigungskraft ist. Ich gehe davon aus, dass meiner Lohnverrechnerin mitgeteilt worden ist, dass die Ausländerin im Reinigungsdienst tätig ist. Die Daten, die auf der Lohn/Gehaltsabrechnung aufscheinen, sind uns vom Unternehmen mitgeteilt worden.

Auf die Frage, wie man dazu kommt, die Daten aus einem Werkvertrag gerade der Lohnverrechnung mitzuteilen, gebe ich an, warum nicht. Dies ergibt sich schon allein daraus, dass es Werkvertragsnehmer ohne Gewerbeschein geben kann, die dann zur ASVG-Versicherung anzumelden sind.

Über Befragen des BwV:

Wir rechnen die Ausländerin nach wie vor in der Lohnabrechnung ab. Wir haben von ihr ein Lohnkonto, weil sie selbst keine Rechnungen legt. Jetzt ist es brutto für netto und wird keine Sozialversicherung mehr abgezogen. Für uns ist dieser Lohnzettel ein Ersatz für die Rechnung. Wir haben die bezahlten Beträge nach ASVG zurückgefordert, und zwar die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. Da es außerhalb der Norm war, ist der Akt liegen geblieben und sollte demnächst bearbeitet werden.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Bei der Tätigkeit von ausländischen Staatsbürgern wird von unserem Unternehmen nicht geprüft, ob allenfalls erforderliche Bewilligungen nach dem AuslBG vorliegen.?

Der Bw machte bei seiner Einvernahme als Beschuldigter die folgenden Angaben:

?Ich bin für die Gesellschaft in Österreich für alle Ki. Betriebe zuständig. Herr Mag. Sch. ist für die Filiale in Wien 7 zuständig. Der Geschäftsleiter macht auch die wirtschaftliche Seite mit, die beiden Betriebsleiter D. und F. haben sich ausschließlich um das operative Geschäft gekümmert.

Ich war involviert beim Erstgespräch mit der Ausländerin. Vor ihr hatten die Reinigung andere Personen gemacht, dies waren österreichische Personen. Eine dieser Personen wollte die Tätigkeit dann abgeben und haben mir die Ausländerin P. vorgeschlagen. Es fand eine Abklärung statt, ob die Dame einen Gewerbeschein hat. Sie spricht ganz

vernünftig deutsch. Sie sagte, dass sie einen Gewerbeschein hat und lag uns dieser auch vor. Den freien Dienstvertrag habe ich auch mitunterschrieben.

Die Mitarbeiter in den Studios reinigen kleinere Sachen während der Öffnungszeiten. Die Reinigung ist täglich zu machen. Wir haben gewisse Standards- und Qualitätsansprüche, was die Reinigung unserer Trainingsbetriebe betrifft. Wir haben sogar vorgeschrieben, wann wir erwarten, dass die Reinigung gemacht wird. Den Reinigungsplan hat die Ausländerin von uns bekommen. Auch die Maschinenreinigung, wie auf AS 107, war mit ihr vereinbart. Es ist richtig, wie dies auf AS 107 festgehalten ist, dass pro Maschinenreinigung bezahlt worden ist. Auch die angeführte Pauschalentschädigung von 40,- Euro pro Monat stimmt so und war dies für eine schonende Reinigung des Mops und sonstigen Zubehörs. Die Arbeitsmittel sind von der GmbH zur Verfügung gestellt worden. Es gibt z.B. für den Industrieparkett für uns bestimmte Definitionen, was an Reinigungsmitteln verwendet werden muss.

Ich weiß nicht, was die Ausländerin vorher gemacht hat. Ich gehe davon aus, dass das Datum 1.6.2006 beim freien Dienstvertrag stimmt. Auf die Frage, ob die Ausländerin dabei schon den Gewerbeschein vorgelegt hat, gebe ich an, da müsste man Herrn Sch. fragen. Auf die Frage, ob ich etwas mit der Lösung eines Gewerbescheines für die Ausländerin zu tun habe, gebe ich an, ich habe definiert, dass ein solcher Gewerbeschein vorliegen muss, bevor der freie Dienstvertrag unterschrieben werden kann. Zu Punkt 2.), 3.) des freien Dienstvertrages gebe ich an, dass diese Dinge Herr Mag. Sch. überprüft hat. Ich bin nicht laufend im gegenständlichen Studio anwesend. Die Ausländerin hat keine Rechnungen gelegt. Wir gehen davon aus, dass dies über unseren Steuerberater abläuft. Was die Anordnung der Reihenfolge einer Reinigung, des Verbots des Radiohörens etc. betrifft, so hat dies damit zu tun, dass das Studio in einem Wohngebiet liegt und aufgrund unserer Erfahrungen. Die Ausländerin hatte bei ihrer Reinigung von Anfang an die auf AS 113 angeführte Reihenfolge einzuhalten.

Über Befragen des Berichters:

Beim Erstgespräch mit der Ausländerin war ich dabei. Dieses Gespräch war noch vor der Vertragsunterzeichnung. Es war klar, dass sie eine Gewerbeberechtigung hat und dass ein freier Dienstvertrag abgeschlossen werden sollte. Wir arbeiten immer mit Reinigungsfirmen, wir haben gar kein normales Reinigungspersonal. Unsere Konzernenerfahrung ist und können es durchaus Einzelunternehmer sein, weil wir damit sehr gute Erfahrungen gemacht haben. Wenn die Ausländerin bei unserem ersten Gespräch gesagt hätte, sie hätte keinen Gewerbeschein, dann wäre die Sache für uns erledigt gewesen. Wir fragen dann bei solchen Zweifelsituationen bei unserer Rechtsvertretung nach. Zweifelhafte wäre es, wenn kein solcher Gewerbeschein bei einer Ausländerin vorhanden gewesen wäre. Ist es vorgekommen, dass jemand zu Ihnen gekommen ist, um ganz normal als Putzfrau zu arbeiten und dann von Ihnen dazu gedrängt worden ist, einen Gewerbeschein zu lösen? Das ist nicht vorgekommen.

Über Befragen des BWV:

Auch wenn ich mit einem größeren Unternehmen abschließen würde, dann würde ich einen solchen Reinigungsplan vorsehen, um die Qualität zu sichern. Der Abschluss solcher Verträge mit kleinen Unternehmen ist wirtschaftlich günstiger.

Wieso werden die Betriebsmittel gemeinsam eingekauft? Dies hat mit den qualitativen Umsetzungen und den Vorgaben der Hersteller zu tun, betreffend die Edelstahlprodukte und auch die Maschinen und Parkettböden.

Über Befragen des Vertreters des Vertreters des Finanzamtes:

Die Vorgängerin der Ausländerin war eine Österreicherin und zur konkreten Rechtsgrundlage weiß ich nichts, man müsste Herrn Sch. fragen, ob die Ausländerin nicht zuvor dort gearbeitet hat.

Über Befragen des Berichters:

Die Entschädigung gibt es, wenn das Material extern gereinigt werden muss.

Der Bw gibt an, die Zeugin ist nach wie vor im Betrieb tätig.?

Frau P. gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin Folgendes an:

?Ich habe diese Firma über eine Bekannte gefunden, diese hat mir die Firma vermittelt. Diese hat mir gesagt, dass dort jemand gesucht wird und dann habe ich mir einen Gewerbeschein besorgt. Ich bin zum Chef gegangen und zum Herrn Sch.. Ich bin noch mit einer anderen Bekannten hingegangen, diese hätte dort auch arbeiten sollen. Ich war vorher drei bis vier Jahre in Deutschland. Ich spreche schon ein bisschen deutsch. Es ist dort eine Reinigungskraft gesucht

worden. Es hat geheißen, Reinigungskräfte werden benötigt, und zwar täglich, es wurde Flexibilität verlangt. Es sollte nicht nur eine Reinigungskraft, sondern mehrere eingestellt werden, damit es eine Ersatzkraft gibt, wenn jemand krank wird. Wir sind alle dagesessen, als dies besprochen worden ist. Ich wurde angestellt, denn es hat nur eine einzige Person angestellt werden können. Der freie Dienstvertrag auf AS 7ff ist von mir unterschrieben worden. Jetzt weiß ich schon, was drinnen steht, vorher nicht. Ich habe damals keine Ahnung gehabt, was ein Gewerbeschein ist, ich habe noch nie damit zu tun gehabt und ich habe mir vorgestellt, es ist eine Ein-Mann-Firma. Ich habe gewusst, was zu reinigen ist. Wir haben auch einen Plan gehabt, nachdem wir hätten arbeiten sollen. Auf die Frage, wer mir gesagt hat, dass ich einen Gewerbeschein besorgen wolle, gibt die Zeugin an, ich habe ihn mir später ohnehin besorgen wollen.

Ich weiß jetzt, was im freien Dienstvertrag steht. Ich habe mir das übersetzt.

Über Vorhalt AS 107ff gebe ich an, ich habe das bekommen. Es war dort täglich zu reinigen. Herr Sch. hat mir alles erklärt, was dort zu machen ist. Die Putzmitteln waren alle vorhanden. Wenn ich Arbeitsmittel gebraucht habe, habe ich das zu Herrn Sch. gesagt. Zu AS 113 gebe ich an, die Magda ist die Tochter von Lucia und Frau Jolanta ist mit denen verwandt. Nur Frau Lucia arbeitet dort. Dies war nur am Anfang so aufgeschrieben. Frau Lucia hat auch für Ki. gearbeitet. Eine Tochter von Frau Pi. war mit mir dort in dieser Firma und haben wir uns wegen der Arbeit erkundigt, es war Aneta. Wir waren dort eigentlich zu dritt, Agneta, Lucia und ich und wir haben uns wegen der Arbeit erkundigt. Es hat geheißen, nur eine kann offiziell angestellt werden. Es wurde auch eine zweite Person benötigt, falls ich krank werde.

Über Befragen des Beisitzers:

Das Geld wurde aufs Konto überwiesen, dies auf die Frage, ob die anderen Personen von Ki. oder von mir bezahlt worden sind. Ich habe das Geld auf mein Konto überwiesen bekommen und habe dann die Hälfte auf das Konto der Frau Lucia überwiesen.

Über Befragen des Berichters:

Über Vorhalt der Angaben des Bw auf AS 40 Punkt 2.2. und Seite 41 Punkt 2.3. gebe ich an, das sind Freunde, die mir nur aus Freundschaft geholfen haben, weil ich Angst gehabt habe, auf die Leiter zu steigen. Ich meine damit die in Punkt 2.3. genannten Personen.

Zu den vorgelegten Ausweisen der Personen gebe ich an, ich habe jedes Mal bei der Rezeption gefragt, ob diese Personen mir helfen können und haben sie ihre Ausweise zum Kopieren abgegeben. Es ist dies bejaht worden.

Über Vorhalt, dass nach der Aktenlage der Vertrag auf Seite 7ff am 1.6.2006 unterschrieben worden sei, gebe ich an, das ist später unterschrieben worden. Am Anfang wurde der Vertrag vorgelesen und erst später habe ich ihn bekommen. Ich weiß nicht, warum der Vertrag erst später unterschrieben worden ist. Der Vertrag ist erst einige Monate später unterschrieben worden.

Auf die Frage, was gesagt worden ist, für den Fall, dass ich krank oder auf Urlaub bin, gebe ich an, dann hätte mich Frau Lucia vertreten sollen. Deshalb war es notwendig, dass eine Ersatzperson zur Verfügung steht. Dies ist schon so bei den Gesprächen mit den Chefleuten gesagt worden. Ich habe das Geld aufs Konto überwiesen bekommen. Rechnungen habe ich keine gelegt. Einmal in der Woche sollten die Maschinen gereinigt werden. Ich habe nur einen Betrag bekommen.

Über Vorhalt der Lohnzettel mit der Auflistung von Monatslohn und einen Betrag der Reinigung der Maschinen gebe ich an, das ist so von der Firma gekommen.

Über Vorhalt einer der Pauschalentschädigungen von 40,- Euro bezüglich der schonenden Reinigung von Reinigungsmaterial, gebe ich an, das habe ich nicht bekommen. Unter der Woche hatte ich täglich ca. 3 Stunden zu tun, am Samstag ca. 8 Stunden und am Sonntag unterschiedlich, drei bis vier Stunden. Ich arbeite bei der Firma M. seit einem Jahr. Dort bin ich auch als Reinigungskraft tätig. Dort arbeite ich, wann ich Zeit habe. Ich arbeite jetzt noch immer bei Ki.. Von der Firma hat mit mir über die heutige Verhandlung niemand gesprochen.

Über Befragen des BWV:

Haben Sie, als Sie den Vertrag unterschrieben haben, den schriftlichen Vertrag mit nach Hause bekommen? Nein Wieso haben Sie ihn unterschrieben, ohne ihn zu lesen? Herr Sch. hat mir diesen Vertrag vorgelesen.

Wieso haben Sie Beiträge an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft bezahlt? Ja. Am Anfang habe ich mehr bezahlt, jetzt habe ich nur eine Unfallversicherung. Ich zahle seit 2006 Beiträge.

Sind Sie Mitglied der Wirtschaftskammer Wien?

Ich bin Mitglied der Wirtschaftskammer.

Aus welchem Grund wollten Sie sich eine Gewerbeberechtigung besorgen?

Ich wollte reinigen.

Wer macht in Ihrem Unternehmen die Diensterteilung? Das war von Anfang an bekannt, das ergibt sich aus dem Plan. Damit meine ich die Reihenfolge bei den Putztätigkeiten.

Auf die Frage des Beisitzers, ob sie jemals andere Leute eingeteilt hat, gebe ich an, nein, ich habe nur übersetzt, weil die zweite Frau nicht ausreichend deutsch spricht, dies während der Arbeit. Dies war alles im Reinigungsplan.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Auf die Frage, wie die Beträge auf den Lohnabrechnungen zustande gekommen sind oder ob ich hier Aufzeichnungen geführt habe, gebe ich an, ich weiß das nicht, diese Beträge sind immer auf mein Konto überwiesen worden.

Vorher hatte ich kein Unternehmen.

Was hat ein Unternehmertum für Sie ausgemacht?

Ich weiß nicht, was ich dazu sagen soll.?

Herr Mag. Martin Sch. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

Ich bin Geschäftsleiter vom gegenständlichen Studio. Ich war damals schon Geschäftsleiter. Die Person, die die Reinigung vorher machte, ist an uns herangetreten, dass sie jemand hat, die auch auf der Basis des freien Dienstvertrages die Arbeiten erledigen möchte. Die ursprüngliche Person konnte die Reinigungsarbeit nicht mehr machen. Wir machten uns einen Termin mit der Ausländerin aus. Es war meiner Erinnerung nach gemeinsam mit dem Bw. Wir haben mit der Ausländerin die Punkte der Reinigung besprochen. Es ist besprochen worden, was für uns bei der Reinigung richtig ist, wie die Reinigung auszusehen hat. Damals war Frau Aneta P. anwesend. Frau Aneta P. hat vorher die Reinigung gemacht. Frau Aneta P. hat uns die Dame vorgestellt. Frau P. gab an, sie habe das Reinigungsgewerbe angemeldet, dass sie in Deutschland gearbeitet hat und dort auch Reinigungen durchgeführt hat. Wir suchten keine angestellte Putzfrau. Ich weiß nicht mehr, an welchem Tag das Gespräch war, es war jedenfalls vor der Vertragsunterzeichnung. Es ging um das Gesamtpaket, das heißt tägliche Reinigung und Maschinenreinigung. Bei der Vertragsunterzeichnung war ich dabei. Ich nehme an, dass der Vertrag am 1.6.2006 unterzeichnet worden ist, wenn das Datum dort aufscheint. Wir haben die Gewerbeberechtigung in Kopie erhalten. Über Vorhalt, dass das Gewerbe erst am 6.6.2006 angemeldet worden ist, gebe ich an, beim Gespräch sagte sie, dass sie das Gewerbe angemeldet gehabt hat und hat sie uns den Gewerbeschein dann nachgereicht.

Es ist der Ausländerin eine Version des Reinigungsplanes gegeben worden, dieser hat sich aber immer wieder geringfügig geändert. Auf die Frage, ob eine Reihenfolge der Reinigung einzuhalten war, gebe ich an, das hat sich aus verschiedenen Punkten ergeben, wir sind in einem Wohnhaus und haben wir Erfahrungen aus anderen Studios mit dem Licht und Lärm. Dementsprechend haben wir versucht eine Reihenfolge vorzugeben, um diesen Problemen vorzubeugen. Das Reinigungsmaterial und die Reinigungsmittel werden von uns zur Verfügung gestellt. Die Ausländerin gibt mir bekannt, was sie für die nächsten drei Monate benötigt. Bei dem Erstgespräch haben wir ihr an den Maschinen auch gezeigt, was zu machen ist. Es wurden immer alle Maschinen wöchentlich gereinigt und der Schlüssel bezieht sich auf den Gesamtlohn, dies auf die Frage, ob pro Maschine bezahlt worden ist. Ich habe dem Steuerberater gemeldet, wie oft die Maschinenreinigung durchgeführt wurde. Die Beträge auf den Lohnzetteln sind von mir mitgeteilt worden. Wenn von Monatslohn die Rede ist, dann ist dies so vom Steuerberater gekommen. Über Vorhalt der Bestätigung auf AS 13, gebe ich an, die Ausländerin ist an mich herangetreten, dass sie eine Bestätigung für Polen gebraucht hat, wie viel sie von uns bekommt. Ich habe mich mit der Dame der Steuerberatung in Verbindung



gesetzt, wie ich ihr das bestätigen kann. Die Dame hat mir den Wortlaut und den Betrag genannt. Die Tochter der Ausländerin brauchte in Polen einen Therapieplatz oder Ausbildungsplatz und da hätte sie diese Bestätigung gebraucht.

Wir haben im Gespräch festgehalten, dass uns die Personen bekannt sein müssen, die Zutritt zu den Studioräumlichkeiten haben. Wir haben dann auch eine Kopie des Reisepasses verlangt. Wir haben nicht festgehalten, wie oft jemand anderes da war.

Die Personen auf Seite 40 Punkt 2.2 waren regelmäßig im Betrieb, bis auf Frau Aneta P.. Ich war immer wieder im Betrieb anwesend, zu Beginn war ich einmal in der Woche bis Betriebsschluss anwesend. Ich habe sie beim Wechsel gesehen, als wir den Betrieb geschlossen haben. Die Personen auf Seite 41 Punkt 2.3 sind uns im Nachhinein bekannt gegeben worden, weil diese Personen unterstützend bei der Grundreinigung eingesetzt werden sollten. Über einen Firmensitz oder ein Büro der Ausländerin habe ich nichts gewusst. Es war täglich zu reinigen, die Komplettreinigung war zwei Mal im Jahr. Auf die Frage, wie ich zu den Beträgen gekommen bin, die auf den Lohnzetteln des Jahres 2007 aufscheinen, gebe ich an, das war zum einen die Pauschale für die tägliche Reinigung bzw. dann für jede Woche die Maschinenreinigung und eventuell noch den Betrag für die Komplettreinigung. Für die Komplettreinigung hat es einen eigenen Betrag gegeben. Es ist dies ein Betrag von ca. 600,-- bis 700,-- Euro.

Am nächsten Tag ist von Mitarbeitern und den Betriebsleitern überprüft worden, ob die Reinigung ordentlich gemacht worden ist.

Über Befragen des Beisitzers:

Auf die Frage, ob alle Personen, die den Vertrag unterzeichnet haben, gleichzeitig anwesend waren, gebe ich an, das weiß ich heute nicht mehr. Die Datumseintragung ist von mir eingetragen worden. Auf die Frage, ob es sein kann, dass das Datum falsch sein kann, gebe ich an, ich kann es nicht ausschließen. Ich kann es deshalb nicht ausschließen, weil ich jetzt mitbekommen habe, dass das Gewerbe erst später angemeldet worden ist. Es ist bei uns nicht üblich, dass Daten falsch sind. Es ist hier vielleicht ein Fehler passiert. Eine Erklärung dafür habe ich aber nicht. Es ist nicht möglich, dass der Vertrag erst Monate nach Vertragsbeginn ausgestellt worden ist. Ich kann eine Rückdatierung an sich nicht ausschließen, wohl aber eine lange Rückdatierung.

Als ich die Bestätigung auf AS 13 ausgestellt habe, war mir klar, dass es ein freies Dienstverhältnis sei. Ich bin nicht so versiert, dass ich die Unterschiede zwischen Arbeitsverhältnis und Werkvertragsverhältnis kenne. Mir war zu Beginn bewusst, dass jemand mit Gewerbeschein auf Werkvertragsbasis gesucht wird. Mir war aber nicht bewusst, was ich mit dem Schreiben vom 4.6.2007 bestätige. Ich kenne schon den Unterschied zwischen einem Selbstständigenverhältnis auf Werkvertragsbasis und einem Arbeitnehmerverhältnis. Ich habe mich an den Steuerberater gewendet und mich dann an den Wortlaut dessen Mitteilung gehalten und ist dieser offenbar von falschen Umständen ausgegangen.

Wenn von ungekündigtem Dienstverhältnis die Rede ist, so war dies ein Fehler von mir und gehe ich nicht davon aus, dass dann, wenn eine Person so etwas vorlegt, diese in einem freien Dienstverhältnis auf Werkvertragsbasis tätig gewesen sei. Dass solche Bestätigungen im Inland z.B. bei Kreditaufnahmen Verwendung finden könnten, ist mir jetzt bewusst, damals war es mir nicht bewusst.

Über Befragen des BWV:

Haben Sie den Vertragsentwurf beim Gespräch mit der Ausländerin gehabt?

Ja. Vorgelesen haben wir ihn nicht.

Hatten Sie jemals mit der Dienstenteilung im Unternehmen ?P.? zu tun?

Nein.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Das Gespräch mit der Ausländerin war ungefähr zwei Wochen vor Vertragsabschluss, genau weiß ich es aber nicht. Der Gewerbeschein war die Idee der Ausländerin. Es ist um das Ergebnis gegangen, wie der Betrieb in der Früh ausschauen sollte, dies auf die Frage, wie wir gewusst haben, wie es abzugelten ist, wenn jemand anderes gearbeitet hat.

Wir haben das Geld auf das Konto überwiesen, das uns von der Ausländerin angegeben worden ist, dies auf Vorhalt der Angaben der Ausländerin, wonach das Geld auf ihr Konto gekommen sei, wenn eine andere Person gearbeitet hat.?

Frau Cornelia F. gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin Folgendes an:

Ich bin Betriebsleiterin im gegenständlichen Studio. Ich bin dort seit knapp fünf Jahren tätig. Ich sehe die Ausländerin, wenn sie kommt oder sage ihr, wenn etwas nicht passt. Ich war nicht involviert bei der Aufnahme der Ausländerin. Mit der Vertragsgestaltung habe ich nichts zu tun. Je nach Diensterteilung bin ich manchmal am Abend oder am Wochenende im Studio, wenn die Reinigungsarbeiten beginnen. Zeitweise kontrolliere ich auch die Reinigung. Wenn etwas nicht passt, wird dies schriftlich festgehalten. Der, der am Abend Dienst hat, hat dies der Reinigung mitzuteilen. Ich habe außer der Ausländerin auch noch Personen beim Reinigen gesehen, ich kenne aber keine Namen. Von den Namen auf Seite 40 sagen mir die Namen Magda und Lucja etwas. Die beiden auf AS 100 kenne ich. Auf Seite 101 kenne ich nur die Magda. Die Person auf Seite 102 kommt mir bekannt vor und war vielleicht ein- bis zweimal da. Es war einmal auch ein Herr da, daran kann ich mich aber nur dunkel erinnern. Die Fotos auf Seite 103 bis 106 sagen mir nichts. Ab und zu versuchte ich mit der Ausländerin zu sprechen und waren nur andere Personen da. Die Personen sind von der Geschäftsleitung meiner Meinung nach eingewiesen worden, sie wussten was zu tun ist. Ich habe zu gewissen Zeiten kontrolliert, ob die Reinigung in Ordnung war, also sowohl die Maschinen als auch die tägliche Reinigung. Bezüglich des Entgeltes hatte ich nichts zu tun. Zu den Ausweisen der sonstigen Personen weiß ich nichts, wie die zu uns gelangt sind. Ich weiß, wo die Reinigungsmittel sind, bestellt habe ich sie nicht. Wenn etwas nicht gepasst hat, dann habe ich der Ausländerin die Liste gegeben und ihr erklärt, was nicht gepasst hat, was nachzureinigen ist.

Auf die Frage, ob ich diese Erklärungen nur der Ausländerin gemacht habe oder auch den anderen Personen, gebe ich an, die anderen Leute haben nicht deutsch gesprochen und hätte es keinen Sinn gehabt.

Über Befragen des BWV:

Ich war nicht so lange dort, doch bin ich öfters zwischen 24:00 und 01:00 Uhr beim Studio vorbeigefahren und habe ich gesehen, dass das Licht schon abgedreht war.

Über Befragen des Berichters:

Von der Straße sehe ich aber nur den Trainingsraum. Dieser Raum heißt selbstständiges Training. Das Arztzimmer ist z.B. daneben und sieht man da schon, wenn Licht brennt, aber nicht direkt.

Über Befragen des BWV:

Wenn ich bis Dienstende anwesend war, dann habe ich manchmal die Ausländerin längere Zeit hindurch immer gesehen, dann aber auch wieder einmal ein bis zwei Wochen gar nicht. Es war unterschiedlich und ist dies schwer zu sagen. Sie war ja auch nicht immer pünktlich bei meinem Dienstende da. Anfangs war es meines Wissens nach freigestellt, dann ist es aber so gewesen, dass sie meines Wissens nach bei Dienstschluss hätte kommen sollen.

Über Befragen des Beisitzers:

Es war ja das Problem, dass dann, wenn sie etwa erst um 23:00 Uhr begonnen hätte, wir nie eine Ansprechperson bei unserem Dienstende angetroffen hätten. Aus diesem Grund? so nehme ich das an? ist es dann abgeändert worden.?

Herr Gerrit D. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

Ich bin der Betriebsleiter im gegenständlichen Studio seit Jänner 2006. Meine Aufgabe besteht darin, die Qualität der Reinigung zu überprüfen. Wir haben einen Reinigungsplan aufgestellt. Es ist da definiert, was an welchen Tagen zu reinigen ist. Ich überprüfe dann am nächsten Tag, ob die Reinigungsarbeiten gemacht worden sind. Mit dem Vertragsabschluss habe ich nichts zu tun gehabt. Auf Seite 10 scheinen die Unterschriften von Herrn Sch., dem BW und der Ausländerin auf. Ich war auch nicht beim Aufnahmegespräch dabei. Ich kenne die Ausländerin. Wir arbeiten als Betriebsleiter in Schicht, so auch manchmal bis 21:30 Uhr und von daher kenne ich die Ausländerin. Sie wurde mir schon einmal während des Tages vorgestellt, als Person, die für die Betriebsreinigung im gegenständlichen Studio verantwortlich ist.

Auf die Frage, ob sie auch die Maschinenreinigung gemacht hat, so gebe ich an, das ist zusätzlich definiert worden, das

haben sie sich dazu verdienen können. Es waren bei den Reinigungsarbeiten auch immer andere Personen dabei. Wir haben sie schon gekannt und auch bei der Arbeit beobachtet. Es ist mit ihnen schon auch auf Deutsch oder in der Gebärdensprache gesprochen worden. Ich habe zweimal in der Woche Spätdienst und auch regelmäßig Wochenenddienst und habe ich sie regelmäßig gesehen. Die zwei Personen auf Seite 100 kenne ich, auch die zwei Personen auf Seite 101, auch die Frau auf 102 kenne ich. Auch den Herrn auf Seite 103 habe ich schon einmal gesehen. Auch die beiden Herrn auf Seite 104 und auch die Frau auf Seite 105. Sie waren auch bei der täglichen Reinigung immer zu dritt oder zu viert, nicht immer die gleichen Personen. Manchmal trainiere ich nach der Arbeit noch eine Stunde und kann ich die Leute beobachten. Herr Sch. hat uns die Kopien der Reisepässe gezeigt oder hat uns die Ausländerin gesagt, dass die oder die Person jetzt auch dabei sei. Wenn Mängel bei der Reinigung waren, dann habe ich entweder mit Herrn Sch. oder mit der Reinigungskraft gesprochen, je nach dem.

Wie die Maschinen zu reinigen sind, ist damals glaublich allen Leuten erklärt worden und hat dies die Geschäftsleitung gemacht. Am Sonntag ist beim Dienst in der ersten Stunde geplant, die Maschinenreinigung zu kontrollieren. Bei der Einweisung in die Reinigung der Maschinen war jedenfalls die Ausländerin, Frau Magda, Frau Lucja und Frau Jolanta C. anwesend. Die Einweisung wird an sich nur einmal gemacht. Zur Entlohnung bei der Maschinenreinigung weiß ich nichts Näheres.

Über Befragen des BWV:

Es gab auch Wochen, wo die Ausländerin nicht da war, gerade in letzter Zeit hatte sie in Polen private Dinge zu erledigen und haben in dieser Zeit andere gereinigt.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Es ist so definiert, dass die Reinigungsarbeiten nur außerhalb der Öffnungszeiten stattfinden dürfen. Wir haben schon Wert darauf gelegt, dass sie bei Betriebsschluss da sind, damit wir sie auch begrüßen können und gegebenenfalls auf Mängel aufmerksam machen können. Die Reinigungskräfte sind auch oft viel später gekommen, dies über Vorhalt, dass laut Angabe der Ausländerin sich die Reinigungskräfte bei der Rezeption hätten melden müssen.?

Der BWV gab dann an, es sei schon für einen Laien schwierig, einen Werkvertrag, einen nichtarbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrag, einen arbeitnehmerähnlichen freien Dienstvertrag und ein Arbeitsverhältnis zu unterscheiden. Daher könne es sowohl bei der Einstufung des als freien Dienstvertrag bezeichneten Vertragswerkes bei einem Steuerberater und bei einem nicht juristisch gebildeten Geschäftsleiter zu Verwechslungen kommen. Von den anwesenden Parteien wurde dann ausdrücklich auf die Einvernahme weiterer Zeugen (auch allenfalls bisher beantragter) verzichtet.

Der Vertreter des Finanzamtes brachte in seinen Schlusssausführungen vor, für ihn sei aufgrund der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit ganz klar von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis auszugehen. Es werde die Abweisung der Berufung beantragt, wobei auch kein Raum für eine Herabsetzung der Strafe bleibe, nicht zuletzt aus präventiven Gründen. Der BWV gab in seinem Schlusswort an, es spreche alles für eine Einstellung des Verfahrens. Der Bw schloss sich den Worten seines Vertreters an. Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung des Berufungsbescheides.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 103/2005 ? ausgehend von der maßgeblichen Tatzeit ?, lauten:

?Begriffsbestimmungen

§ 2. ?

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,

c)

in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

a) in den Fällen des Abs 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

?

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. ?

?

Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

?

Strafbestimmungen

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

1. wer,

a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (§ 8 Abs 2 Z 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde,

?

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000,-- Euro bis zu 50.000,-- Euro.?

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Bw als der zur Tatzeit für die Vertretung der GmbH nach außen Berufene gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich für dieses Unternehmen einzustehen hatte. Der Bw bestreitet auch nicht, dass die verfahrensgegenständliche Ausländerin zu dem im Straferkenntnis der Behörde erster Instanz angeführten Zeitraum für das von ihm vertretene Unternehmen im Studio in Wien, N-gasse, Reinigungsarbeiten verrichtet hat. Im vorliegenden Fall ist ferner unbestritten geblieben, dass für diese Ausländerin weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder ein Aufenthaltstitel ?Daueraufenthalt-EG? oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden ist.

Der Bw wendet sich aber in erster Linie gegen die Beurteilung der Erstbehörde, dass die Ausländerin zu dem von ihm vertretenen Unternehmen in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gestanden sei. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien nimmt es aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen an, dass Frau P., für die keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorgelegen ist, zur Tatzeit im Ki.-studio in Wien, N-gasse, vom Unternehmen des Bw beschäftigt worden ist und diese Verwendung der Ausländerin nach dem AuslBG bewilligungspflichtig gewesen ist.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 6.9.2007 zugrunde. Danach habe die Magistratsabteilung 35 mit Schreiben vom 17.8.2007 mitgeteilt, dass die GmbH Frau P. seit mindestens 1.6.2006 als Reinigungskraft beschäftigt habe. Eine Abfrage beim Hauptverband der Sozialversicherungsträger (vom 6.9.2007) habe ergeben, dass Frau P. seit 1.8.2006 als Dienstnehmerin bei der besagten Firma als Reinigungskraft gespeichert sei (fünf Tage die Woche, 40 Stunden pro Woche). Weiters habe die Magistratsabteilung 35 ein Schreiben der GmbH beigelegt, in dem die Beschäftigung der Frau P. als Reinigungskraft seit 1.6.2006 mit einem Bruttolohn von 2.053,97 Euro bestätigt werde. Die Firma habe zwar einen sogenannten freien Dienstvertrag mit Frau P. abgeschlossen und Frau P. sei auch im Besitz einer Gewerbeberechtigung, aber aufgrund der Tatsache, dass ein ungekündigtes Dienstverhältnis mit dem oben angeführten Inhalt vorliege, gehe das Finanzamt davon aus, dass es sich hier um ein bewilligungspflichtiges Dienstverhältnis handle.

Dieser Anzeige war das Schreiben der Magistratsabteilung 35 vom 17.8.2007 angeschlossen, in dem angemerkt wurde, dass Frau P. im Juni 2007 bei der Antragstellung gemeint habe, sie hätte nur diesen einen Auftraggeber und gar keine zusätzliche Zeit, mehr Aufträge anzunehmen. Wie dem beigelegten Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis entnommen werden kann, hat Frau P. (als freies Gewerbe) am 6.6.2006 das Gewerbe ?Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten auf Grund von Werk- und freien Dienstverträgen, unter Ausschluss von Tätigkeiten reglementierter Gewerbe? angemeldet gehabt. Als Standort ist Wien, H-straße angeführt. Wie einer Meldeauskunft entnommen werden kann, handelte es sich bei dieser Adresse ? vom 8.2.2006 bis 9.12.2008 ? um den Nebenwohnsitz der Frau P. (als Unterkunftgeberin schien dort Frau Aneta Pi. auf). Auch ein freier Dienstvertrag, abgeschlossen zwischen der GmbH und Frau P., lag der Anzeige bei (dieser freie Dienstvertrag weist das Datum 1.6.2006 auf und ist von Frau P. auch unterschrieben worden). In diesem Vertrag heißt es, dass Frau P. die laufende Reinigung des gegenständlichen Studios im Rahmen der folgenden Bestimmungen aufgrund des beiliegenden Reinigungsplanes übernehme (der Reinigungsplan ist dann im Zuge des Berufungsverfahrens vom Bw vorgelegt worden). Bei der erwähnten Bestätigung (vom 4.6.2007) handelt es sich um ein von Herrn Martin Sch. unterschriebenes Schreiben, in dem bestätigt wird, dass Frau P. seit 1.6.2006 bei der GmbH als Reinigungskraft tätig sei. Sie stehe in einem ungekündigten Dienstverhältnis und erhalte für ihre Tätigkeit monatlich 2.053,97 Euro brutto.

Mit Schreiben der Erstbehörde vom 12.9.2007 wurde der Bw aufgefordert, sich zum gegenständlichen Tatvorwurf zu rechtfertigen. Der Bw hat im Zuge des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens mit Schreiben vom 2.10.2007 und vom 5.6.2008 Stellungnahmen abgegeben, in denen er darzustellen versuchte, dass ein echter freier Dienstvertrag (und kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis) vorliege bzw., dass ihm jedenfalls kein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden könne. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass der Bw (als Beilage zu seinem Schreiben vom 25.9.2008) Lohn/Gehaltsabrechnungen von Frau P. für das Jahr 2007 vorgelegt hat. Auffällig ist nun, dass während des gesamten Jahres 2007 der Frau P. ein Monatslohn bzw. eine Pauschale für die Maschinenreinigungen ausbezahlt worden ist, wobei ein Sozialversicherungsbeitrag in Abzug gebracht worden ist. Der Bw behauptete ja, die Anmeldung zur Wiener Gebietskrankenkasse sei durch seinen Steuerberater irrtümlich erfolgt, er hat aber selbst nach Erhalt des Aufforderungsschreibens die Abrechnung nicht umgestellt (so wie er dies in seiner Eingabe vom 25.9.2008 behauptet hatte).

Im Zuge des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens wurde auch Frau P. (die für sich eine Übersetzerin mitgebracht hatte) als Zeugin einvernommen. Diese gab bei ihrer Befragung am 20.11.2007 an, sie sei dort nur als Putzkraft beschäftigt und kenne sich im Unternehmen des Bw nicht aus. Sie habe keine Mitarbeiter beschäftigt bzw. keine Personen zur Sozialversicherung angemeldet. Die Frage, ob sie zur fraglichen Zeit andere Aufträge erhalten habe, beantwortete sie dahingehend, dass sie nur als Reinigungskraft tätig gewesen sei. Sie habe für ihre Tätigkeit regelmäßig (monatlich) auf ihr Konto das Gehalt überwiesen bekommen. Sie habe keine Rechnungen ausgestellt. Es habe keine Umsatzsteuer gegeben. In den Trainingsräumen seien Geräte zu putzen gewesen, für diese Reinigung sei

sie entlohnt worden (für verschiedene Räume und Geräte). Eine detaillierte Aufstellung habe sie nicht schreiben müssen, sie sei nach den gereinigten Gegenständen entlohnt worden. Den freien Dienstvertrag habe sie einfach unterschrieben, ohne Dolmetscher, den Inhalt habe sie nicht verstanden.

Die GmbH betreibt in Wien drei Fitnessstudios, wobei in dem Studio in Wien, N-gasse Frau P. (ab Juni 2006) die Reinigung übernommen hat. Der Bw wies in der mündlichen Verhandlung darauf hin, dass sie zuvor österreichische Personen für die Reinigung gehabt hätten; eine dieser Personen habe die Tätigkeit dann abgeben wollen und sei Frau P. vorgeschlagen worden. Es habe zunächst eine Abklärung stattgefunden, ob die Dame einen Gewerbeschein habe. Wie bereits oben angeführt, hat Frau P. am 6.6.2006 ein (freies) Gewerbe (zum Wortlaut, siehe oben) angemeldet. Im Verfahren haben sich überhaupt keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Frau P. zuvor schon in Österreich (oder in ihrem Heimatland Polen oder in Deutschland) als Unternehmerin aufgetreten wäre. Es haben sich auch keine Hinweise darauf ergeben, dass Frau P. eine spezielle Qualifikation (etwa auch kaufmännischer Natur) hat, die sie befähigen würde, ein Unternehmen (mit dem Einkauf von Betriebsmitteln, der Aufnahme von Personal, der Werbung für ihre Leistungen, dem Ausverhandeln von Verträgen etc.) zu betreiben. Es ist auch festzuhalten, dass es sich beim Standort ihres Gewerbes um ihren Nebenwohnsitz handelt.

Der im Akt einliegende freie Dienstvertrag ist mit 1.6.2006 datiert und ? so der Bw ? von ihm auch unterschrieben worden. Der Bw hat nun behauptet gehabt, Frau P. habe schon vor Vertragsabschluss einen Gewerbeschein gehabt und auch vorgelegt. Bemerkenswert ist auch, dass der Bw angab, vor Frau P. habe eine Österreicherin die Reinigung gemacht. Herr Sch. merkte dann an, dass Frau Aneta Pi. (Anmerkung: eine polnische Staatsbürgerin) vorher die Reinigung gemacht habe. Der Bw war offenbar nicht einmal in der Lage (vorab) abzuklären, wie der Reinigungsdienst (bevor Frau P. damit betraut wurde) konkret gestaltet gewesen ist. Die Berufungsbehörde geht davon aus, dass Frau P. sich bei der GmbH als Reinigungskraft beworben hat, weil dort

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvsv/index.html>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)