

# TE UVS Niederösterreich 2004/10/08 Senat-GF-04-2041

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.10.2004

## Spruch

Der Berufung wird gemäß § 66 Abs 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl Nr 51, keine Folge gegeben und der erstinstanzliche Bescheid bestätigt.

Der Berufungswerber hat gemäß § 64 Abs 1 und 2 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl Nr 52, ? 400,-- als Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu zahlen.

Innerhalb gleicher Frist sind der Strafbetrag und die Kosten des Verfahrens erster Instanz zu bezahlen (§ 59 Abs 2 AVG).

## Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Berufungswerber spruchgemäß wie folgt bestraft:

?Sie haben es als Inhaber der Werbefirma ?O\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*? in 2273 H\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\*gasse \*\* verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass Sie für Ihre Firma als Arbeitgeber die Ausländer Punkt 1)

C\*\*\*\*\* J\*\*, geb \*\* \*\* \*\*\*\*, slowakischer Staatsbürger:

ausgewiesen mit slowakischem Reisepaß Nr \*\*\*\*\*

zumindest am \*\* \*\* \*\*\*\* (Zeitpunkt der fremdenpolizeilichen Kontrolle) Punkt 2)

S\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\*, geb \*\* \*\* \*\*\*\*, slowakischer Staatsbürger ausgewiesen mit slowakischem Reisepaß Nr \*\*\*\*\*

zumindest am \*\* \*\* \*\*\*\* (Zeitpunkt der fremdenpolizeilichen Kontrolle) mit dem Austragen von Werbemitteln beschäftigt haben, entgegen dem Gebot des § 3 Abs 1 AuslBG, wonach ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen darf, wenn ihm für diesen einen gültigen Werkvertrag, eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigenbestätigung oder eine EU-Entsendebewilligung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 28 Abs 1 Ziff 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Euro-Strafe von je ? 1000,--

falls diese uneinbringlich ist Ersatzarrest von insgesamt 120 Stunden gem. § 28 Abs 1 Ziff 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG

Weitere Verfügungen (z B Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner hat er gem § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

? 200,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d s 10 % der Strafe ? ----- als Ersatz der Barauslagen für ----

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher ? 2200,--. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen

(§ 67 VStG 1991).?

Begründet wurde diese Entscheidung seitens der Erstbehörde nach Darstellung des Verfahrensablaufes und Zitat der rechtlich relevanten Bestimmungen des AuslBG damit, dass auf Basis des durchgeführten Verfahrens die Deliktssetzung durch den Beschuldigten als erwiesen anzusehen sei, weshalb die Behörde mit Strafverhängung vorzugehen gehabt habe und hinsichtlich der Höhe der zu verhängenden Strafe mit der gesetzlichen Mindeststrafe das Auslangen habe gefunden werden können, wobei insbesondere das Eingeständnis des Beschuldigten als mildernd herangezogen werden konnte.

Mittels der fristgerecht gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung beantragt der Rechtsmittelwerber die Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses und führt dazu aus, Werkverträge wie auch Dienstverträge könnten mündlich abgeschlossen werden. Die im Bescheid genannten Personen seien selbständig auf Werkvertragsbasis tätig gewesen, dies lasse sich auch aus den Formulierungen des regelmäßig verwendeten Werkvertrages ersehen ? d h es liege keine Eingliederung in den Betrieb vor, weder organisatorisch noch zeitlich, sowie die Werkvertragsnehmer eigene Betriebsmittel verwendeten. Die Werkvertragsnehmer seien für die Einhaltung der gewerberechtlichen Voraussetzungen selbst verantwortlich. Sie seien deshalb keine Dienstnehmer und könnte das AuslBG deshalb nicht Anwendung finden.

Darüberhinaus wolle er feststellen, dass vor der Erstbehörde seine Aussage falsch protokolliert worden sei, insbesondere der Satz: ?Ich möchte angeben, dass die Fremden für meine Firma tätig waren und nicht selbständig die Werbemittelaustragearbeit erledigten.? Dieser Satz sei dann auch in die Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses übernommen worden. Seine Aussage müsse aber lauten, die Fremden seien seine Werkvertragsnehmer gewesen und daher selbständig. Dies sei auch während der gesamten Protokollierung zum Thema gemacht worden. Da Deutsch nicht seine Muttersprache sei und er deshalb Deutsch nicht perfekt beherrsche, sei ihm zu dem Zeitpunkt, als ihm das Protokoll vorgelesen worden sei, nicht klar gewesen, dass seine Aussage falsch protokolliert worden wäre.

Die weitere Verfahrenspartei, das Zollamt W\* N\*\*\*\*\*, dem das erhobene Rechtsmittel zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt wurde, führte dazu aus, aus den noch nicht unterfertigten Werkverträgen, welche der Bezirkshauptmannschaft X vorgelegt worden wären, sei zu entnehmen, dass die Auftragnehmer J\*\* C\*\*\*\*\* und A\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* den Auftrag (Werk) zum vereinbarten Abschlusszeitpunkt zu vollenden hatten. Die zeitliche Begrenzung sei neben anderen Merkmalen ein Hinweis auf die wirtschaftliche Abhängigkeit zur Firma O\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*. Weiters sei festzuhalten, dass durch die Verteilung von Prospekten kein bestimmtes, fest umgrenztes Werk geschaffen werde, es handle sich somit nicht um Werkverträge, sondern vielmehr um ? Dienstleistungsbereitstellungsverträge?, die im Einzelfall durch Anbot und Annahme eines Verteilungsauftrages aktiviert würden. Trotz der Bezeichnung ?Werkvertrag? seien jene Merkmale, die für eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit sprechen, überwiegend. Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits wiederholt ausgesprochen, das Werbemittelverteiler kein selbständiges, näher umschriebenes Werk herstellen und ihre Verwendung grundsätzlich in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erfolge, wozu auch auf die Erhebungsergebnisse des Grenzüberwachungsposten D\*\*\*\*\* verwiesen werden müsse.

Anlässlich der in der Sache durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung gab der Berufungswerber auf Befragen an, er wisse worum es vorliegendenfalls gehe. In der Sache sei es so, dass er Leute eben aufgrund eines Vertrages, wie eben dem dem Akt angeschlossenen, einstelle. Diese ?Werbemittelverteiler? sehe er als selbständige Unternehmer, bzw als seine Partner an. Er selbst bekomme als Kleinunternehmer Aufträge betreffend die Verteilung, wobei er nach Eingang dieser Aufträge dann seine Partner anrufe, diese kämen in seiner Firma vorbei und suchten sich dann das jeweilige zur Verfügung stehende Gebiet zur Verteilung aus. Grundsätzlich würden auch seine Vertragspartner die Zeit innerhalb der sie die Verteilung durchführten, also wie lange sie zur Verteilung brauchen, selbst bestimmen. Es sei im großen und ganzen so, dass seine Auftraggeber ihm eine Frist von etwas über einer Woche zur Verteilung des Materials einräumten und müssten dann innerhalb dieser Frist natürlich auch seine Vertragspartner die Verteilung vornehmen, jedoch könnten sie sich innerhalb dieser Frist ihre Arbeitszeit selbst einteilen.

Höchstgrenze für die tägliche Verteilung im ländlichen Bereich wären etwa 1000 Stück. Wie schon erwähnt, wären die Verteiler unter Tags betreffend ihrer Arbeitszeiteinteilung frei, ihm selbst sei es vollkommen egal, ob etwa die Verteilung beispielsweise am Morgen oder am Abend vorgenommen würde. Die Unterlagen müssten einfach nur von den Verteilern in der ihnen vorgegebenen Zeit zugestellt werden. Für die Verteilung verwendeten seine Vertragspartner auch die eigenen Fahrzeuge. Er selbst kontrolliere dann die Durchführung der Verteilung fallweise, also hauptsächlich eher an abgelegenen Orten. Bei neuen Vertragspartnern schaue er auch immer darauf, dass am Anfang eine erfahrene Person dabei sei, die sich bezüglich der Verteilung schon auskenne.

Die Bezahlung erfolge dann entweder nach Stück, bzw manchmal auch nach Gewicht des verteilten Materials. Bezüglich der Abrechnung gebe es Verteilungslisten, die Abrechnung erfolge einmal im Monat, dies ohne Umsatzsteuer. Die Auszahlung erfolge dann auch oft in bar. Dies habe den Grund darin, dass die Ausländer oft kein Konto in Österreich hätten und eine Überweisung der Beträge sehr kostenintensiv wäre. Bezüglich des dem Akt angeschlossenen Werkvertrages sei es so, dass er diesen Vertrag schon von der Firma her, wo er beschäftigt gewesen sei, kenne. Er habe diesen Vertrag dann eben auch für seine eigenen Zwecke verwendet und kenne dieses Vertragswerk auch sein Steuerberater.

Bezüglich der zwei gegenständlichenfalls im Straferkenntnis genannten slowakischen Staatsangehörigen sei es so, dass sich diese ein Exemplar des Werkvertrages in die Slowakei mitnehmen und dort übersetzen lassen wollten, dies sei auch der Grund dafür, warum bei ?Auftragnehmer? noch keine Unterschrift der Ausländer aufscheine. Darüberhinaus hätten die beiden noch zwei, drei Tage schauen wollen, ob sie diese Aufträge durchführen bzw erledigen könnten. Während dieser zwei, drei Tage wären sie in Begleitung einer anderen von ihm zugeteilten erfahrenen Person gewesen.

Auf Befragen durch die Vertreterin der weiteren Verfahrenspartei gab der Berufungswerber an, wenn etwa einer seiner Vertragspartner krank werde, dann müsse er nicht bei ihm anrufen und dies mitteilen, viele seiner Verteiler täten dies aber. Bezüglich der Verteilung selbst sei es dann so, dass den Auftrag eben eine andere Person durchführe, bzw manchmal auch er selbst. Dies sei auch der Grund dafür, warum er von seinem Auftraggeber immer versuche eine relativ lange Frist für die Verteilung zu erhalten. Die zwecks Verteilung zur Verfügung stehende Frist teile er seinen Auftragnehmern gleich zu Beginn mit und könnten diese dann innerhalb der zur Verfügung stehenden Frist die Verteilung vornehmen, wobei er keinerlei Druck auf seine Verteiler mache, diese könnten sich wie schon erwähnt innerhalb der Frist ihre Zeit selbst einteilen. Wenn sich etwa eine fristgerechte Verteilung nicht ausginge, dann müsste er seinen Auftraggeber fragen, ob ihm dieser die Frist verlängern könnte. Grundsätzlich geschehe dies aber nicht, weil er von vorneherein nur Aufträge annehme, von denen er wisse, dass er die Verteilung zeitgerecht durchführen könne. Die Bezahlung der Verteilung erfolge jeden 15 im Monat. Der Punkt ?6? im vorgelegten ?Werkvertrag? sei einfach so zu

verstehen, dass entsprechend der Verteilerliste die für eine Person geführt werde, manchmal werde diese Liste auch für zwei Personen geführt, die Abrechnung vorgenommen werde. Die Leute würden dann ihm gegenüber den erhaltenen Geldbetrag bestätigen. Er gebe diese Bestätigungen bzw Quittungen an seinen Steuerberater weiter.

Nach dem Schluss des Beweisverfahrens wurde seitens des Zollamtes der Antrag auf Bestrafung des Berufungswerbers aufrecht erhalten, während dagegen der Rechtsmittelwerber beantragte, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs 2 AuslBG (BGBlNr 218/1975, geändert durch BGBl I Nr 133/2003) gilt als Beschäftigung ? soweit vorliegendenfalls von Belang ? die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis, sowie

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird.

Gemäß § 2 Abs 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 3 Abs 1 AuslBG (BGBlNr 218/1975, geändert durch BGBl I Nr 126/2002) darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit. a AuslBG (BGBlNr 218/1975, geändert durch BGBl I Nr 160/2002) begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt, noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von ? 1000,- bis zu ? 5000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von ? 2000,- bis zu ? 10000,-, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von ? 2000,- bis zu ? 10000,-, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von ? 4000,- bis zu ? 25000,-.

Seitens des Berufungswerber wird zunächst nicht in Abrede gestellt, dass die beiden im Spruch des Straferkenntnisses genannten slowakischen Staatsangehörigen tatsächlich Werbemittel aufgrund eines von ihm erteilten Auftrages verteilt haben. Er vermeint allerdings, dass diese Tätigkeit keine solche darstelle, die mit der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG verbunden wäre, sondern vielmehr die von ihm zur Verteilung des Werbematerials herangezogenen Personen als seien Vertragspartner auf Basis eines Werkvertrages selbständig tätig würden.

Nach dem Wortlaut diese vom Berufungswerber vorgelegten Vertrages sprechen zwar einige der Vertragspunkte dafür, dass tatsächlich eine selbständige Tätigkeit der ?Auftragnehmer vorliegt, so insbesondere die fehlende Arbeitspflicht (Vertragspunkt IV), der Einsatz eigener Betriebsmittel (Vertragspunkt III), die Art der monatlichen Abrechnung (Vertragspunkt V und VI), sowie die Regelungen betreffend die Aufkündigung des Vertrages (Vertragspunkt IX).

Dagegen fehlt es allerdings nach Ansicht der Berufungsbehörde beim Verteilen von Werbematerial an einem fest umgrenzten vereinbarungsgemäß herzustellenden ?Werk?. Darüberhinaus widerspricht der urkundlich vorgelegte ?Werkvertrag? auch den tatsächlichen Umständen der Verwendung der Ausländer, zumal der Berufungswerber selbst in der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat angegeben hat, seine ?Vertragspartner? hätten die von ihm erteilten Zustellaufträge derart zu erfüllen, dass sie einen zur Verfügung stehenden Verteilungsraum und dann in diesem Gebiet das zu verteilende Werbematerial zur Verteilung von ihm übernehmen. Darüberhinaus widerspricht die vom Berufungswerber geschilderte Bezahlung seiner ?Vertragspartner? dem Punkt VI des sogenannten ?Werkvertrages?, zumal einfach wie bereits der Erstbehörde vorgelegt, eine Verteilungsliste in der Firma des Berufungswerbers geführt wird und er dann anhand dieser Verteilungsliste, also nach der Anzahl des verteilten Werbematerials, bzw nach dem Gewicht desselben monatlich am 15 eine Auszahlung vornimmt, wobei diese Auszahlung seinen Angaben nach ohne eigener Ausweisung einer Umsatzsteuer erfolgt, seinen Vertragspartner also faktisch Brutto für Netto in Bargeld ausbezahlt wird.

Die Berufungsbehörde sieht deshalb den vorgelegten ?Werkvertrag?, sowie einzelne darin aufgenommene Vertragsbestimmungen, die abstrakt durchaus für eine selbständige Tätigkeit der ?Vertragspartner? des Berufungswerbers sprechen, als ein Vertragswerk an, welches der tatsächlichen Verwendung der Ausländer nicht gerecht wird. Vielmehr dürfte dieser vorgelegte ?Werkvertrag? nur dazu dienen, eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung der Ausländer zu verschleiern, weshalb das Vertragswerk als Scheinvertrag angesehen werden muss. Nach dem wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Geschehens sind die beiden im Straferkenntnis genannten Ausländer jedenfalls unter ähnlichen wirtschaftlichen Bedingungen verwendet worden wie ein Arbeitnehmer, sohin in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, weshalb in rechtlicher Hinsicht eine bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs 2 lit b AuslBG vorliegt und der Berufungswerber als Arbeitgeber der genannten Ausländer für die Nichteinhaltung der Bestimmungen des AuslBG haftbar ist.

Soweit der Berufungswerber das Vorliegen der subjektiven Tatseite in Zweifel zieht und sich auf eingeholte Rechtsauskünfte von seiner Steuerberaterin, bzw eine ?vertretbare Rechtsansicht? beruft, ist dem zu erwidern, dass die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt hat, gemäß § 5 Abs 2 VStG nur dann entschuldigt, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Dabei ist auch eine irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, der den Berufungswerber nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem gesamten Verhalten nicht angenommen werden kann, dass die irrige Gesetzesauslegung unverschuldet war und der Berufungswerber das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Die bloße Argumentation im Berufungsverfahren mit einer ? vom Steuerberater eingeholten Auskunft und einer anderen Rechtsauffassung ? vermag jedenfalls ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedarf bezüglich der Einhaltung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch einen am Wirtschaftsleben teilnehmenden Unternehmer und der ihm daraus obliegenden Sorgfaltspflichten vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums (vgl etwa VwGH am 23 12 1991, ZI 88/17/0010). Dass der Berufungswerber etwa bei den zuständigen Behörden ? also dem Arbeitsmarktservice bzw dem Zollamt ? Auskünfte die Beschäftigung betreffend eingeholt hätte, wird nicht behauptet und vermag die Einholung einer Auskunft vom Steuerberater die Auskunft einer zuständigen Behörde nicht zu ersetzen, weshalb dem Berufungswerber keine unverschuldete irrige Rechtsauslegung zugebilligt werden kann.

Die Erstbehörde ist aus diesen Gründen zu Recht mit Strafverhängung vorgegangen, wobei die Höhe der verhängten

Strafen, die der jeweiligen gesetzlichen Mindeststrafe pro unberechtigt beschäftigten Ausländer entspricht, mangels Vorliegen der hierfür notwendigen Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 20 und 21 VStG einer Herabsetzung nicht zugänglich war, sowie die von der Erstbehörde berücksichtigten Milderungsgründe bereits dazu führten, nur Strafen in der jeweiligen Höhe der gesetzlichen Mindeststrafe zu verhängen.

Es war deshalb spruchgemäß zu entscheiden.

**Zuletzt aktualisiert am**

31.12.2008

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