

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/4/24 2005/09/0021

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.04.2006

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1152;  
ABGB §1154;  
AuslBG §2 Abs2 idF 2002/I/126;  
AuslBG §2 Abs4 idF 2002/I/126;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2002/I/160;  
AuslBG §29 idF 2002/I/126;  
AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;  
VStG §5 Abs1;  
VStG §5 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des L in B, vertreten durch Mag. Dr. Geza Simonfay, Rechtsanwalt in 1070 Wien, Neustiftgasse 3/6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 5. Jänner 2005, Zl. UVS- 07/A/36/5883/2003/48, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer in Erledigung der von ihm gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 12. Bezirk, vom 15. Juli 2003, gerichteten Berufung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen

Berufungsverhandlung für schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der L-GmbH mit Sitz in W, S Straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft zumindest am 26. März 2003 sieben namentlich genannte ungarische Staatsangehörige in ihrem Geschäftslokal an der bereits genannten Anschrift beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder der Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt, weshalb er wegen dieser Verwaltungsübertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG zu acht Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.000,-- (im Falle der Uneinbringlichkeit: Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von jeweils vier Tagen) bestraft werde. Nach ausführlicher Wiedergabe des Verfahrensganges, insbesondere der einzelnen Beweisergebnisse, ging die belangte Behörde davon aus, der Beschwerdeführer sei zur Tatzeit (neben dem weiteren Geschäftsführer A.V.) handelsrechtlicher Geschäftsführer der L-GmbH mit Sitz in W,

S Straße, gewesen. Am 26. März 2003 habe in diesem Lokal eine Kontrolle durch Sicherheitswachebeamte stattgefunden, anlässlich derer die genannten Ausländer bei der Durchführung von Umbau- und Instandsetzungsarbeiten (Aufstellen von Gipskartonwänden, Durchführung von Maler- und Elektrikerarbeiten) in den Geschäftsräumlichkeiten dieser Gesellschaft angetroffen worden seien. Die belangte Behörde ging in weiterer Folge in den wesentlichen Punkten von der Darstellung des Beschwerdeführers aus, wonach das Lokal in der S Straße in der Größe von etwa 150 m<sup>2</sup> von der L-GmbH im Jänner 2003 angemietet worden sei und für die Anforderungen dieser Gesellschaft habe adaptiert werden müssen. Die betroffenen Ausländer seien im ungarischen Betrieb der L-GmbH angestellte Stuckateure, die an einer Zusammenarbeit mit der in Österreich etablierten L-GmbH interessiert gewesen seien. Die Ausländer hätten jeweils zu vier Personen im Bundesgebiet offene Erwerbsgesellschaften (in der Folge: OEG's) gegründet, die beabsichtigt hätten, über Vermittlung der L-GmbH in Österreich Stuckaturarbeiten bzw. Innenausbauten durchzuführen. Zu diesem Zweck hätten jeweils vier Ausländer die B.-OEG, die H.-OEG und die F.-OEG gegründet. Die B.-OEG sei mit Wirksamkeit vom 18. März 2003 ins Firmenbuch eingetragen worden; hinsichtlich der F.-OEG sei zwar ein Antrag auf Eintragung in das Firmenbuch gestellt worden, dieser Antrag sei jedoch von einer Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG abhängig gemacht und daher vorerst abgelehnt worden. Hinsichtlich der H.-OEG sei aus Kostengründen vorerst kein Antrag auf Eintragung ins Firmenbuch gestellt worden. Es sei geplant gewesen, dass die drei OEGs zur Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in Österreich das Geschäftslokal der L-GmbH (als Lagerraum) samt Kopierer und Telefon mitbenützen könnten. Zu diesem Zwecke seien zwischen der L-GmbH und den OEGs zwischen dem

20. und dem 24. Jänner 2003 "Untermietverträge" abgeschlossen worden, nach deren Inhalt die Miete und andere Kosten hinsichtlich der Geschäftsräume bis zur tatsächlichen Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit der OEGs von der L-GmbH mit übernommen würden und als Gegenleistung für die Adaptierung und Renovierung des Mietobjektes durch die Gesellschafter der OEGs eine geringere Untermiete verlangt würde. Die L-GmbH habe ihren Betrieb etwa Mai/Juni 2003 aufgenommen; die OEGs hätten in Österreich keine Geschäftstätigkeit entfaltet. Die operative Geschäftsführung sei nicht vom Beschwerdeführer, sondern vom zweiten Geschäftsführer, A.V., besorgt worden, in dessen alleinigen Aufgabenbereich auch der Umbau und die Renovierung der Geschäftsräumlichkeiten in der Schönbrunner Straße gefallen sei.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung verwies die belangte Behörde zunächst auf die Bestimmung des § 28 Abs. 7 AuslBG, und führte sinngemäß weiter aus, die sieben betroffenen ungarischen Staatsangehörigen seien am Kontrolltag (jedenfalls auch) in den von der L-GmbH gemieteten Geschäftsräumlichkeiten in W, S Straße, mit verschiedenen Arbeiten beschäftigt gewesen. Die Verwendung der Ausländer sei nach dem AuslBG bewilligungspflichtig gewesen, Bewilligungen seien aber nicht vorgelegen. Auch kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigungen könnten als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG angesehen werden. Es mache keinen Unterschied, ob derjenige, der die Arbeitskräfte verwende, selbst Arbeitgeber der Ausländer oder ob im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG in Verbindung mit dem AÜG die Verwendung überlassener Arbeitskräfte erfolgt sei. In beiden Fällen sei derjenige, der die Arbeitskräfte verwende, ohne im Besitz einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung zu sein, wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a leg. cit. strafbar. Bei der Gründung der drei Ausländer-OEGs sei es einzig darum gegangen, rechtliche Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass einfache Arbeiter Gesellschafter einer OEG würden, um dann in Österreich in Zusammenarbeit mit der L-GmbH Stuck- und

Innenausbauarbeiten durchzuführen zu können. Die geplante "Kooperation" zwischen der L.-GmbH und den OEGs hätte so gestaltet sein sollen, dass die L.-GmbH bis zur tatsächlichen Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit durch die OEGs die Miete und andere Kosten hinsichtlich der Geschäftsräume hätte übernehmen, während die OEGs die Adaptierung und Renovierung des Mietobjektes gegen Senkung der Untermiete hätten durchführen sollen. Daher hätten die ungarischen Staatsangehörigen für ihre Tätigkeit auch kein Entgelt erhalten. Allerdings sei im Zeitpunkt der Kontrolle keine der OEGs rechtlich existent gewesen. Gerade die Betrachtung der gegenständlichen Konstruktion auf ihren wahren wirtschaftlichen Gehalt im Sinn des § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG zeige eindeutig, dass die sieben ungarischen Staatsbürger zur L.-GmbH zumindest in einem arbeitnehmerähnlichem Verhältnis zur L.-GmbH gestanden seien. Auch komme es nicht darauf an, welche Pläne der Beschwerdeführer für die zukünftige Geschäftsgestaltung gehabt habe, weil im vorliegenden Fall lediglich die am Tag von den Ausländern in den Geschäftsräumlichkeiten der L.-GmbH erbrachten Arbeitsleistungen rechtlich zu qualifizieren gewesen seien. Aus dem Inhalt der mit den OEGs abgeschlossenen Untermietverträge lasse sich für den Beschwerdeführer auch nichts gewinnen, weil im Zeitpunkt des Abschlusses dieser Untermietverträge (zwischen dem 20. Jänner 2003 und dem 26. Jänner 2003) keine dieser OEGs bereits rechtlich existent gewesen seien. Die Arbeitsleistung der Ausländer sei auch nicht unentgeltlich erbracht worden, weil - wie der Beschwerdeführer selbst zugestanden habe - die Ausländer als Gesellschafter der drei OEGs hätten erwarten können, in der Folge Aufträge von der L.-GmbH zu erhalten und ihre Tätigkeit in den Geschäftsräumlichkeiten der L.-GmbH dadurch "als eine Art Zukunftsinvestition" zu betrachten sei. Die ausländischen Staatsbürger hätten die hier in Rede stehenden Arbeiten in der Erwartung geleistet, vom Beschwerdeführer zukünftig Montage- bzw. Verlegearbeiten vermittelt zu erhalten und damit ein im Vergleich zur Lohnsituation in Ungarn verbessertes Einkommen zu erzielen. Schon die Hoffnung auf einen zukünftigen Umsatz müsse aber auch unter Beachtung der wirtschaftlichen und persönlichen Situation eine wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses mit sich bringen, dem zufolge die betreffenden ungarischen Staatsbürger für die L.-GmbH Arbeitsleistungen erbracht hätten. Der Beschwerdeführer habe mit Hinweis auf den Inhalt der Untermietverträge mit den OEGs nicht aufzuzeigen vermocht, dass die genannten Ausländer als "Selbständige" unentgeltlich und zum Teil über mehrere Tage Arbeiten in den Geschäftsräumlichkeiten der L.-GmbH verrichtet hätten. Das notwendige Material sei von der L.-GmbH beigestellt und die Anweisungen vor Ort seien durch den Mitgeschäftsführer des Beschwerdeführers erteilt worden.

Auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf Art. 44 des EU-Abkommens mit Ungarn gehe fehl, weil Art. 44 Abs. 1 des Assoziationsabkommens EU/Ungarn eine Niederlassungsfreiheit für die Staatsangehörigen des Assoziationsstaates nur vorsähen, wenn diese selbständig erwerbstätig seien, oder Gesellschafter von Gesellschaften, "die sie tatsächlich kontrollieren". Dass dies bei den angetroffenen Ungarn der Fall gewesen sei, sei nicht hervorgekommen. Im Übrigen gälten die Bestimmungen dieses Kapitels nicht für diejenigen, die nicht ausschließlich eine selbständige Tätigkeit ausübten. Damit fielen die angetroffenen Ausländer jedenfalls nicht in den Schutzbereich des vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Europa-Abkommens. Insoweit der Beschwerdeführer darauf verwiesen habe, die operative Geschäftsführung sei ausschließlich vom zweiten Geschäftsführer der L.-GmbH gemacht worden, so dass der Umbau und die Renovierung der Geschäftsräumlichkeiten in der Schönbrunner Straße ausschließlich in dessen Aufgabenbereich gefallen seien, so sei darauf zu verweisen, dass der Beschwerdeführer, insofern mit diesem Vorbringen der Verweis auf einen verantwortlichen Beauftragten zu verstehen gewesen sei, die weiteren Voraussetzungen des § 28a Abs. 3 AuslBG nicht einmal behauptet habe. Eine betriebsinterne Ressort- bzw. Aufgabenaufteilung allein exkulpieren ihn als handelsrechtlichen Geschäftsführer dieser Gesellschaft nicht.

Im Übrigen verwies die belangte Behörde auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG und legte ihre Gründe für die Strafbemessung dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde aus den Beschwerdegründen der Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte, und legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

"Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 126/2002, gilt als Beschäftigung die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

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

d)

nach den Bestimmungen des § 18, oder

e)

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

Nach § 2 Abs. 4 erster Satz 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 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselperson oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung 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 Schlüsselperson (§ 12) erteilt, noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 EUR bis zu 5.000 EUR, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 EUR bis zu 10.000 EUR, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe 2.000 EUR bis zu 10.000 EUR, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 EUR bis zu 25.000 EUR.

Gemäß § 28 Abs. 7 AuslBG ist dann, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne Weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

In Ausführung der Beschwerde macht der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, bei den von den Ausländern erbrachten Arbeitsleistungen habe es sich um unentgeltliche Tätigkeiten gehandelt, von mehreren Zeugen sei bestätigt worden, dass die Ausländer für diese Tätigkeiten vom Beschwerdeführer kein Entgelt erhalten hätten. Es hätte sich vielmehr um Vorbereitungshandlungen im Zuge der angestrebten Kooperation zwischen der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH und den von den Ausländern gegründeten OEGs gehandelt.

Durch die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde werde in gemeinschaftsrechtswidriger Weise in die Rechte der neuen EU-Bürger, insbesondere auch in die durch das Europa-Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Republik Ungarn garantierten Freiheiten eingegriffen. Ziel dieser Kooperation wäre es gewesen, dass die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH das Geschäftslokal adaptiere und darin vorgefertigten Stück sowie Gegenstände

und Materialien zur Innenausstattung vertreibe. Hinsichtlich dieser Waren hätte die GmbH Aufträge zur Montage dieser Waren an die von den Ausländern gegründeten OEGs weitervermittelt, unabhängig von eigenen Versuchen, Aufträge für Stuckarbeiten in Österreich zu erhalten. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass es ein langer Weg sei, zwischen der Eröffnung eines Geschäftslokales und dem erfolgreichen Aufbau eines Kundenstockes. Das Geschäftslokal sei im Sommer 2003 von der L-GmbH eröffnet worden. Die ersten Aufträge an die OEGs hätten erst dann weiter vermittelt werden können, wenn ein entsprechender Kundenstock hinsichtlich der Waren bereits bestanden hätte.

Unrichtig sei auch, dass die belangte Behörde die Unselbständigkeit der ungarischen Partner der L-GmbH auf Grund der gesetzlichen Vermutung des § 2 Abs. 4 AuslBG beurteilt habe, wonach für Gesellschafter einer Personengesellschaft, die zur Erreichung eines gemeinsamen Gesellschaftszweckes Arbeitsleistung für die Gesellschaft erbringen, die gesetzliche Vermutung gelte, dass diese Arbeitnehmer seien, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stelle auf Antrag fest, dass ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung durch den jeweiligen Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt werde. Tatsächlich sei es lediglich zur Gründung der B.-OEG gekommen, die Eintragung der F.-OEG sei durch das Firmenbuchgericht abgewiesen worden. Aus Kostengründen habe lediglich einer der Ungarn beim AMS einen Feststellungsantrag nach § 2 Abs. 4 eingebracht, der abgewiesen worden sei. Gegen die ebenfalls negative Berufungsentscheidung behänge eine Verwaltungsgerichtshofbeschwerde.

Selbst für den Fall der Annahme einer rechtswidrigen Handlungsweise habe es sich um einen Verbotsirrtum gehandelt, weil der Beschwerdeführer immer davon ausgegangen sei, dass auf Grund des Assoziationsabkommens und der diesbezüglichen Judikatur des EuGH im Hinblick auf die später beabsichtigte Kooperation zwischen der von ihm vertretenen Gesellschaft und den OEGs die Tätigkeit der ungarischen Partner der L-GmbH zulässig gewesen sei. Dieser Irrtum könne ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, weil er fest davon überzeugt gewesen sei, dass das Renovieren der Geschäftsräumlichkeiten zulässig gewesen sei. Ihn treffe auch keine Fahrlässigkeit an diesem Rechtsirrtum, da er sich ausführlich über die Rechtslage nach Gemeinschaftsrecht/Assoziationsabkommen informiert habe, insbesondere auf Grund der Judikatur des EuGH.

Schlussendlich macht der Beschwerdeführer geltend, infolge des ihm nicht zum Verschulden anrechenbaren Verbotsirrtums und seiner verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit hätte die belangte Behörde das außerordentliche Milderungsrecht des § 20 VStG anwenden müssen, zumal sein Einkommen lediglich zwischen 800 EUR und 1.000 EUR im Monat brutto betrage.

1. Entscheidend für die zunächst zu beantwortende Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist 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 eher 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. Bei der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit unter dem "finanziellen" Gesichtspunkt ist nicht konkret zu prüfen, ob der "Arbeitnehmerähnliche" auf die Gegenleistungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Empfänger der Arbeitsleistung zur Bestreitung seines Lebensunterhalts angewiesen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. Juni 2004, Zl. 2002/09/0198). Liegt eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. November 2002, Zl. 2001/09/0175 ). Die Anordnungsbefugnis der Geschäftsführer der L-GmbH den Ausländern gegenüber wurde vom Beschwerdeführer ebenso wenig in Abrede gestellt wie der Umstand, dass die Arbeiten mit Material dieser Gesellschaft durchgeführt wurden.

Es kann auf sich beruhen, ob die belangte Behörde nicht richtigerweise von echten Dienstverhältnissen auszugehen gehabt hätte, weil der Beschwerdeführer auch im Falle eines diesbezüglichen Rechtsirrtums der Behörde nicht in seinen Rechten verletzt wäre. Es besteht jedenfalls kein Zweifel daran, dass zumindest Arbeitnehmerähnlichkeit der Beteiligten vorlag.

Aus den dargelegten Gründen geht auch der Hinweis auf die Bestimmungen des EU-Abkommens mit Ungarn, insbesondere dessen Art. 44, ins Leere.

Es ist darauf hinzuweisen, dass zum Tatzeitpunkt (26. März 2003) nur eine der in der Beschwerde erwähnten OEGs in das Firmenbuch eingetragen und damit existent geworden ist (§ 3 Abs. 1 EGG). Es kann aber auf sich beruhen, ob und zu welchem Zeitpunkt die OEGs rechtlich existent wurden bzw. ob es sich nur um Scheinfirmen zur Verschleierung unerlaubter Ausländerbeschäftigung hätte handeln sollen, denn es ergibt sich aus den vom Beschwerdeführer vorgelegten "Untermietverträgen", dass die "Anmietung und Übernahme" des Geschäftslokals "von der (L.)GmbH vorfinanziert" wird und die OEG "für die Durchführung der notwendigen Arbeiten unentgeltlich Arbeitskräfte zur Verfügung stellt". Die Ausländer, welche diese Arbeiten dann tatsächlich verrichtet haben, waren also im Geschäftslokal der L.GmbH mit Arbeiten beschäftigt, die von der GmbH zur Herstellung der Benützbarkeit des von ihr (danach) sowohl zur Eigenbenutzung als auch zur Untervermietung vorgesehenen Geschäftslokals in deren Auftrag durchgeführt wurden. Dabei hat es sich zweifelsfrei um Arbeitsleistungen gehandelt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis iSd § 2 Abs. 4 Z. 1 AuslBG geleistet werden.

Selbst wenn man hinsichtlich jener Ausländer, die Gesellschafter einer rechtlich schon existenten OEG gewesen sind, annehmen wollte, dass die OEG Gesellschafter zu Arbeitsleistungen zur Verfügung gestellt hat, führte dies zu keinem anderen Ergebnis: die Gesellschafter der OEG durften nämlich Arbeitsleistungen für die OEG nur unter der Voraussetzung bewilligungsfrei erbringen, dass die nach § 2 Abs. 4 Z. 1 AuslBG erforderliche Feststellung des Arbeitsmarktservice vorgelegen wäre, dass die Gesellschafter tatsächlich persönlich einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausgeübt haben. Eine solche Feststellung lag aber nicht vor (vgl. dazu auch das zum Gesellschafter R. bereits ergangene hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2005, Zl. 2003/09/0162). Bei den Arbeitstätigkeiten der ausländischen Arbeitskräfte hätte es sich also auch dann um unerlaubte und daher strafbare Ausländerbeschäftigung gehandelt, wären dieselben Arbeitsleistungen für jene OEG erbracht worden, deren Gesellschafter sie waren (oder hätten werden sollen). Wäre aber schon die Tätigkeit für die OEG unerlaubt gewesen, so konnte sich an dieser Unerlaubtheit der Beschäftigung auch dadurch nichts ändern, dass solche Arbeitskräfte von der OEG zur Verrichtung solcher Arbeiten leihweise der L.GmbH zur Verfügung gestellt worden sind. In diesem - hier vorliegenden - Fall, hat nur anstelle der OEG die L GmbH als Beschäftiger bzw der Beschwerdeführer als ihr Geschäftsführer die unerlaubte Beschäftigung zu verantworten.

2. Zu dem Beschwerdeargument, es sei mit den OEGs Unentgeltlichkeit vereinbart worden, ist dem Beschwerdeführer entgegen zu halten, dass es - abgesehen davon, dass mangels rechtlicher Existenz der übrigen OEGs nur einer der Untermietverträge mit einer OEG zum Tatzeitpunkt rechtlich wirksam gewesen sein konnte - für das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung von Ausländern im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG nicht entscheidend ist, ob für die inkriminierte Verwendung mit dem Ausländer ausdrücklich ein Entgelt (allenfalls in einer bestimmten Höhe) vereinbart wurde oder ob eine solche Vereinbarung unterblieb; vielmehr gilt in solchen Fällen im Zweifel ein angemessenes Entgelt als bedungen (vgl. § 1152 ABGB). Wurde die Höhe des Entgelts nicht festgelegt, so ist ein angemessener Lohn zu zahlen (vgl. auch § 29 AuslBG). Das Entgelt ist, wenn nichts vereinbart wurde, im nachhinein zu leisten (§ 1154 ABGB). Demnach ist Unentgeltlichkeit der Verwendung nicht schon bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten, sondern diese muss ausdrücklich und erwiesenermaßen - wenigstens nach den Umständen konkludent - mit dem Ausländer vereinbart worden sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0153) und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten (vgl. das ausführlich begründete Erkenntnis vom 30. Jänner 2006, Zl. 2004/09/0217).

Nun ist im Beschwerdefall aber weder hervorgekommen, dass der Beschwerdeführer (namens der von ihm vertretenen Gesellschaft) mit den ausländischen Arbeitskräften Unentgeltlichkeit vereinbart hätte, noch ist ein Motiv erkennbar, das eine solche Vereinbarung sachlich hätte rechtfertigen können. Der Beschwerdeführer behauptet auch nur, mit den OEGs die Unentgeltlichkeit der Zurverfügungstellung der Arbeitskräfte vereinbart zu haben. Im Falle der Zurverfügungstellung einer Arbeitskraft ist es aber unerheblich, ob der Beschäftiger mit dem Verleiher Unentgeltlichkeit der Überlassung vereinbart hat, da eine solche Vereinbarung nicht zulasten Dritter (der Beschäftigten) gehen konnte und es für die Qualifikation einer Beschäftigung als entgeltlich unerheblich ist, ob der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers unmittelbar gegenüber dem Beschäftiger oder ob er gegenüber einem Dritten (dem Entsender bzw. Verleiher) besteht.

Die belangte Behörde hat daher im Ergebnis zutreffend die Beschäftigungen der Ausländer als entgeltliche qualifiziert.

Unentgeltlichkeit ist im übrigen auch dann zu verneinen, wenn typischerweise in Arbeitsverhältnissen zu erbringende Arbeitsleistungen in Erwartung künftiger besserer Verdienstmöglichkeiten erbracht worden sein sollten (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 17. November 1994, Zl. 94/09/0195).

3. Soweit der Beschwerdeführer einen Verbotsirrtum geltend macht, ist er darauf zu verweisen, dass eine irrige Gesetzesauslegung nur unter der Voraussetzung ein zu entschuldigender Rechtsirrtum iS des § 5 Abs. 2 VStG sein könnte, dass er unverschuldet war, dh dass der Beschwerdeführer das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte, ihm - mit andern Worten - die übertretene Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Bestehen aber über den Inhalt einer Verwaltungsvorschrift (oder einer Regelung des Europarechtes) Zweifel, dann ist der Betroffene verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Oktober 2003, Zl. 2003/09/0126). Der Beschwerdeführer kann sich auf die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht berufen, weil er sich mit ihr im Rahmen seiner Tätigkeit für die GesmbH vertraut zu machen gehabt hätte. Es hat im übrigen weder im Verwaltungsstrafverfahren noch in der Beschwerde behauptet, sich zu den von ihm genannten Zweifelsfragen entsprechende Informationen bei den hierfür zuständigen Stellen über den die Auslegung der zu beachtenden Bestimmungen des AuslBG in Verbindung mit den einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes zu verschaffen. Einen entschuldbaren Rechtsirrtum durfte die belangte Behörde daher nicht annehmen. Damit entfällt aber auch das Argument für die vom Beschwerdeführer reklamierte Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes des § 20 VStG, weshalb darauf nicht näher einzugehen war.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Kostenausspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 24. April 2006

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2005090021.X00

**Im RIS seit**

12.06.2006

**Zuletzt aktualisiert am**

07.10.2011

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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