

TE UVS Niederösterreich 1996/01/31 Senat-KO-95-429

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.01.1996

Spruch

1.

Der Berufung wird gemäß §66 Abs4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl Nr 51, hinsichtlich der Beschäftigung der beiden slowakischen Staatsangehörigen TR***** und TA**** keine Folge gegeben und der erstinstanzliche Bescheid vollinhaltlich bestätigt.

2.

Der Berufung wird gemäß §66 Abs4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl Nr 51, betreffend die unberechtigte Beschäftigung des slowakischen Staatsangehörigen ON*****, insofern Folge gegeben, als die hierfür verhängte Geldstrafe von S 20.000,-- auf S 15.000,-- und die Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen auf 5 Tage herabgesetzt wird.

Der Berufungswerber hat gemäß §64 Abs1 und 2 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl Nr 52, S 6.000,-- als Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens

innen 2 Wochen zu zahlen.

Innerhalb gleicher Frist sind der Strafbetrag (insgesamt S 45.000,--) und die Kosten des Verfahrens erster Instanz von S 4.500,-- zu bezahlen (§59 Abs2 AVG).

Text

Das angefochtene Straferkenntnis hat folgenden Spruch:

"Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Ort: **** B*****, K*****dorf, Industriegebiet

Tatbeschreibung:

Sie haben es als zur Vertretung nach außen berufenes Organ (handelsr.Geschäftsführer) der B***** B**- und G*****

GesmbH, welche persönlich haftender Gesellschafter der B***** B**- und G***** GesmbH & Co KG ist, zu verantworten, daß diese Firma, wie am 24. März 1993 um 11.50 Uhr auf der Baustelle des H***** R*****, in A***** Hauptstraße, im Rahmen einer Kontrolle festgestellt werden konnte, die slowakischen Staatsbürger 1) Tr***** S*****, 2) Ta***** J** und 3) On***** P*****, entgegen den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes beschäftigt hat, obwohl ein Arbeitgeber soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur dann beschäftigen darf, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Dadurch übertretene Verwaltungsvorschriften, verhängte Strafen und entstandene Verfahrenskosten:

Übertretung gemäß §28 Abs1 Zi1 lita iVm §3 Abs1 Ausländerbeschäftigungsgesetz zu den Punkten 1) bis 3).

Es wird daher gemäß §28 Abs1 Zi1 lita leg cit zu den Punkten 1) bis

2) eine Geldstrafe von je S 15.000,--, zu Punkt 3) eine Geldstrafe von S 20.000,-- verhängt. Zusammen S 50.000,--.

Ersatzfreiheitsstrafe zu den Punkten 1) bis 2) je 5 Tagen, zu Punkt

3) 7 Tage. Zusammen 17 Tage.

Vorgeschriebener Kostenbeitrag gemäß §64 Abs2

des Verwaltungsstrafgesetzes 5.000,--

Gesamtbetrag 55.000,--."

Begründet wurde diese Entscheidung damit, daß der strafbare Tatbestand durch eine Anzeige des Arbeitsamtes M*****, sowie durch die von der Behörde gepflogenen Erhebungen als erwiesen anzusehen sei. Der Beschuldigte habe sich damit verantwortet, er sei handelsrechtlicher Geschäftsführer der B***** B**- und G***** GmbH & Co KG, persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft sei die B***** GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer er sei. Die am Tattag bei Maurerarbeiten betretenen slowakischen Staatsbürger wären laut Gesellschaftsvertrag, Firmenbuch Nr 18*** allesamt Gesellschafter der B***** GmbH und brächten lediglich ihre Arbeitskraft in die Gesellschaft ein, weshalb kein Arbeitsverhältnis bzw arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorliege. Ob diese Mitgesellschafter in der Lage wären, Beschlüsse der Generalversammlung durch Veto zu verhindern (Sperrminorität) sei ihm nicht bekannt, weil sich die diesbezüglichen Unterlagen beim Rechtsanwalt Dr S***** in Wien befänden. A**** O** sei mit 1. Jänner 1993 als Gesellschafter der GmbH ausgeschieden. Er müsse jedoch zugeben, daß er und sein Sohn W***** auf die einzelne Person bezogen nicht Mehrheitseigentümer mit einer Stammeinlage von S 50.000,-- seien. Er wäre deshalb der Ansicht, daß zwischen den ausländischen Gesellschaftern und der GmbH kein Arbeitsverhältnis bzw ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorliege. Die Gesellschafter seien gewinnbeteiligt und in Österreich lediglich privat versichert. Sozialrechtlich pensionsversichert seien die Gesellschafter bei einer slowakischen Firma. Die Gewinnausschüttung erfolge vorzeitig personenbezogen je nach Arbeitseinsatz und zwar durch den Steuerberater der Firma.

Die Behörde müsse hiezu feststellen, daß zwei der im Straferkenntnis genannten Ausländer, nämlich Tr***** und Ta*****, zum Tatzeitraum Kommanditisten in der B***** B**- und G***** GmbH & Co KG mit einer Einlage von S 5.000,-- neben ca 40 weiteren Ausländern, welche Einlagen in derselben Höhe getätigt hätten, waren. Darüberhinaus schienen noch der Berufungswerber selbst, Herr W***** W***** und A**** O** mit einer Einlage von je S 50.000,-- auf. Der dritte im Straferkenntnis genannte Ausländer On***** scheine nicht als Kommanditist der B*****

B**- und G***** GmbH & Co KG auf, womit die Angaben des Rechtsvertreters des Beschuldigten getätigt am 18. Mai 1993 nicht als richtig angesehen werden könnten. On***** habe ebenfalls bei seiner Einvernahme am 24. März 1993 angegeben, bloß Maurerhilfsarbeiten durchgeführt zu haben. Die Behörde stelle hiezu weiters fest, daß bei Gesellschaftern mit mehr als 50 % der Geschäftsanteile - Mehrheitseigentümern - nicht von einem Arbeitsverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichem Verhältnis ausgegangen werden könne, weshalb ein Mehrheitseigentümer für die Erbringung von Arbeitsleistungen keine Beschäftigungsbewilligung benötige. Bei Gesellschaftern mit Anteilen von unter 50 % - Minderheitseigentümern - müsse deshalb geprüft werden, ob diesen ein beherrschender Einfluß auf die Gesellschaft zukomme oder nicht. Von einem beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft könne keineswegs gesprochen werden, weil die Genannten bei der Kontrolle bei der Durchführung von Maurer- bzw Bauhilfsarbeiten angetroffen worden seien und somit einfache Arbeiten verrichtet hätten. Daraus könne sehr wohl abgeleitet werden, daß es sich zumindest um eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit gehandelt habe, sodaß von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Unternehmen gesprochen werden müsse. Bei der Einvernahme am 24. März 1993 hätten die Ausländer angegeben, daß sie einen Lohn von etwa S 5.000,- bis zu S 10.000,- monatlich zu erwarten hätten. Ein Gesellschafter mit beherrschenden Einfluß auf eine Firma würde sich wohl kaum mit einer derartig geringen Gewinnausschüttung zufrieden geben und dafür auch noch einfache Arbeiten verrichten. Der Umstand, daß etwa 40 Ausländer nur zum Zweck nach Österreich einreisen um hier eine Firma zu gründen und jeder der Ausländer hiebei als Minderheitseigentümer - falls man bei einer Einlage von S 5.000,- überhaupt den Begriff Eigentümer verwenden könne - jedenfalls ohne beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft, nicht als Arbeitnehmer angesehen werden könne, wäre jedenfalls mehr als realitätsfern. Der vorliegende Gesellschaftsvertrag sei nach Ansicht der Behörde als sittenwidrig anzusehen, weil er offensichtlich nur zu dem Grund abgeschlossen wurde, das Ausländerbeschäftigungsgesetz zu umgehen und sich somit einen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Aus diesem Grunde sei jedenfalls mittels Strafverhängung vorzugehen gewesen, wobei kein Grund als strafmildernd, jedoch aber die zwei einschlägigen Vormerkungen als straferschwerend heranzuziehen waren. Die verhängte Geldstrafe erscheine deshalb selbst bei ungünstigen Verhältnissen des Beschuldigten als schuldangemessen, weil bei Vorliegen auch nur einer Vormerkung bereits die Mindeststrafe von S 10.000,- für eine zu Unrecht beschäftigte Person zu verhängen sei und der Gesetzgeber darüber hinaus für eine derartige Übertretung eine Höchststrafe von S 120.000,- pro Person vorsehe.

Mit der innerhalb offener Frist gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung wird das Straferkenntnis zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes angefochten.

Konkret wird ausgeführt, die belangte Behörde verkenne, daß der im Bescheid angesprochene Ausländer On***** zum Tatzeitpunkt Kommanditist der B***** B**- und G***** Gesellschaft mbH & Co KG nachfolgend kurz "B*****" und daher Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrecht gewesen sei. Es komme ihm ebenso wie den weiteren Kommanditisten Tr***** und Ta***** Unternehmereigenschaft zu, weshalb der verfahrensgegenständliche Sachverhalt nicht unter §2 Abs2 AuslBG subsumierbar sei. Die Aufnahme des Kommanditisten On***** in die "B*****" sei aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses entsprechend der unter XII Z 10 vorgesehenen Regelung des Gesellschaftsvertrages vom 15. 4. 1992 (Zitat: "Die Aufnahme neuer Gesellschafter bedarf neben der Zustimmung der Komplementärin der Zustimmung der einfachen Mehrheit der Kommanditisten") erfolgt. Am 23.3. wäre der Eintritt des Kommanditisten On***** mit einer Kommanditeinlage von S 5.000,- durch den Rechtsanwalt Dr T***** S***** als Bevollmächtigter der Komplementärin ("die B***** B**- und G*****gesellschaft m.b.H."), sämtlicher eingetragener Kommanditisten und der zwei neu eingetretenen Kommanditisten On***** und He***** zur Eintragung in das Firmenbuch beim Landesgericht K***** angemeldet worden. Der Antrag auf Eintragung sei am 24. März 1993 beim Landesgericht K***** eingelangt und die Eintragung per 20. April 1993 erfolgt. Da der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmung enthalte, wonach Beginn und Ende der Stellung als Kommanditist mit Registrierung im Firmenbuch erfolgen sollten, fänden die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 162 und 176 Abs2 Handelsgesetzbuch Anwendung. Trete ein Kommanditist in eine bestehende Kommanditgesellschaft ein, sei dies beim zuständigen Firmenbuchgericht anzumelden (§162 Abs2 HGB). Die Gesellschaft bleibe fortbestehen, der Geschäftsbetrieb werde in diesem Fall nicht unterbrochen (Feil, Die Kommanditgesellschaft, 2. Auflage 1984, zu §162; Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechtes, 5. Auflage 1990, Seite 144). Mangels gesellschaftsvertraglicher Regelung hafte gemäß §176 Abs2

HGB der eingetragene Kommanditist zwischen seinem Eintritt und der Eintragung für in diesem Zwischenstadium entstandene Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§176 Abs2 HGB, HGB-Kommentar, Straube, §176, Rz 13). Die Eintragung eines neu hinzutretenden Kommanditisten wirke sohin deklarativ. Der Eintritt in die "B*****" sei aufgrund eines Gesellschaftsbeschlusses erfolgt. Der Kommanditist On***** sei im Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung zum Firmenbuch Kommanditist der "B*****" gewesen. Sohin sei der im Bescheid angesprochene On***** zum Tatzeitpunkt Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts gewesen. Aus diesem Grunde bezögen sich alle Ausführungen im Rechtsmittel auf die drei im Spruch des Straferkenntnisses genannten Ausländer On*****, Tr***** und Ta****.

Die Erstbehörde stelle Kommanditisten, die Gesellschaftseinlagen in der Höhe von S 5.000,-- hielten, Minderheitsgesellschaftern von Gesellschaften mit beschränkter Haftung gleich. Weiters verneine die belangte Behörde den beherrschenden Einfluß der Kommanditisten. In der Begründung des bekämpften Bescheides sei angeführt, die Gesellschafter Tr*****, Ta**** und On***** hätten Maurer- bzw Bauhilfsarbeiten, sohin einfache Arbeiten verrichtet, es habe sich deshalb zumindest um arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten gehandelt, sodaß sehr wohl von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit gesprochen werden könne; ein Gesellschafter mit beherrschendem Einfluß würde sich wohl kaum mit einer derartigen geringen Gewinnausschüttung (die Kommanditisten hätten angegeben, eine monatliche Gewinnausschüttung von etwa S 5.000,-- bis zu S 10.000,-- zu bekommen) zufriedengegeben;

es sei darüberhinaus mehr als realitätsfern anzunehmen, daß etwa 40 Ausländer lediglich zum Zweck der Gesellschaftsgründung nach Österreich einreisen, wobei keinem dieser Minderheitseigentümer ein beherrschender Einfluß zukomme; wobei darüberhinaus ein derartiger Gesellschaftsvertrag sittenwidrig sei, weil er offenbar nur in Umgehungsabsicht abgeschlossen worden wäre. Mit dieser Begründung stütze sich die belangte Behörde auf einen Erlaß des früheren Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 20. November 1984 über die Rechtsstellung von Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Behörde stütze damit die Begründung auf Kriterien, die nach der im Tatzeitpunkt geltenden Rechtslage nur auf Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht aber auf eine Personengesellschaft anzuwenden gewesen wären. Zum Tatzeitpunkt habe keine gesetzliche Regelung über den beherrschenden Einfluß von Minderheitsgesellschafter von Personengesellschaften bestanden. Es existierte lediglich der oben zitierte, auf Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung anzuwendende Erlaß. Eine gesetzliche Regelung hinsichtlich der Feststellung eines beherrschenden Einflusses von Personengesellschaftern gäbe es erst seit der Novelle 1993 zu §2 des AuslBG, in welchem die gesetzliche Vermutung und dessen Widerlegung regelnden vierten Absatz. Da die belangte Behörde ihrer Entscheidung eine Rechtsansicht zugrunde legte, welche zum Tatzeitpunkt für Personengesellschaften noch nicht bestanden habe, verletze sie damit den Grundsatz nullum crimen sine lege. Die Rechtsansicht, wonach der verfahrensgegenständliche Sachverhalt unter das AuslBGB zu subsumieren sei, wäre verfehlt. Vielmehr liege weder eine Beschäftigung nach §2 Abs2 lit a, c, d oder e AuslBG vor. Nachfolgend werde dargestellt, daß auch lit b (Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses) nicht gegeben sei. Nach einschlägiger Judikatur und arbeitsrechtlichen Bedingungen liege ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis dann vor, wenn Personen, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisteten und wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen seien (§51 Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz).

Die Judikatur unterscheide folgende Merkmale:

- a: Fehlen der Arbeitnehmereigenschaft
- b: Irrelevanz der Vertragsbeziehung
- c: wirtschaftliche Abhängigkeit
- d: organisatorische Beschaffenheit der Tätigkeit

zu a: und b:

Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft könnten Gesellschaftern von Gesellschaften mit beschränkter Haftung

nicht gleichgestellt werden. Eine Kommanditgesellschaft sei eine PersonenHandelsgesellschaft, welcher gemäß §124 HGB Rechtspersönlichkeit zukomme. Die Gesellschafter (Kommanditisten und Komplementäre) wären Gesamthandeigentümer der Gesellschaft. Die Gesellschaft können also unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Die Kommanditisten der B***** B**- und G***** GmbH & Co KG hätten zusätzlich dem Gesellschaftsvertrag keinen weiteren Vertrag (Dienstvertrag, Werkvertrag oder ähnliches) mit der Gesellschaft abgeschlossen. Sie wären ausschließlich aufgrund des Gesellschaftsvertrages zum Wohle der Gesellschaft tätig geworden und hätten aufgrund der Gesamthandschaft Tätigkeiten für die Gesellschaft verrichtet. Die unter a und b angeführten Merkmale setzten begriffslogisch ein vertragliches Rechtsverhältnis mit einer anderen vom Tätigen verschiedenen Rechtsperson voraus. Eine solche Rechtsbeziehung liege in der gegebenen Konstellation zwischen den Kommanditisten und der B***** B**- und G***** GbmH & Co KG nicht vor.

Zu c:

Eine Person sei wirtschaftlich abhängig, wenn sie im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leiste, weil sie insofern unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig sei. Die unter b gemachten Ausführungen zeigten auf, weshalb die arbeitnehmerähnliche Person begriffslogisch eine von ihr verschiedene Rechtsperson voraussetze. Diese "andere Person" sei Voraussetzung für die Annahme wirtschaftlicher Abhängigkeit (Argument: im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person). Der Kommanditist sei ausschließlich zum Wohle der Gesellschaft und aufgrund der Gesamthandschaft zu seinem eigenen Wohle tätig. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit "zu sich selbst" sei per definitionem ausgeschlossen.

Zu d:

Ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis liege auch vor, wenn der Tätige durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über seine Arbeitskraft gehindert sei, seine Arbeitskraft anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Auch dieses Kriterium sei vorliegendenfalls aus folgenden Gründen zu verneinen:

Weder der Gesellschaftsvertrag noch das HGB enthielten eine Bestimmung darüber, wonach ein Konkurrenzgebot typisch für die Kommanditistenstellung wäre. Gesellschafter seien nicht verpflichtet tätig zu werden; sie wären auch nicht weisungsgebunden. Es bestünden keine fixen Arbeitszeiten oder bestimmte Arbeitsorte, sohin keine für die Arbeitnehmerähnlichkeit typische Dispositionsbeschränkungen. Im Gegenteil würden Preise, das Verkaufskonzept und Investitionen von den Kommanditisten gemeinsam bestimmt. Die Gewinnanteile würden periodisch und nur dann ausgeschüttet, wenn die Gesellschaft Gewinne erwirtschaftete und die Gesellschafter die Gewinnausschüttung beschlossen hätten. In diesem alleine maßgeblichen tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt komme das gesamte, von jedem einzelnen Kommanditisten zu tragende unternehmerische Risiko zum Ausdruck; insbesondere dann wenn der Kommanditist darauf vertraue, daß er seinen Lebensunterhalt aus seiner Gewinnbeteiligung werde bestreiten können. Die Gesellschaft erhalte von zahlreichen, ständig wechselnden Rechtspersonen Aufträge. Aufgrund der Gesamthandschaft sei jeder einzelne Kommanditist als Gesellschafter "Adressat" der wechselnden Auftraggeber. Es sei geradezu denkunmöglich, jemanden, der für eine unbegrenzt ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern eine Tätigkeit ausübe als wirtschaftlich Abhängigen anzusehen.

Nur der Vollständigkeit halber werde auch darauf verwiesen, daß der Kommanditist auch nicht arbeitnehmerähnlich im Verhältnis zum geschäftsführenden Komplementär sei. Weder der Gesellschaftsvertrag noch das HGB hätten eine Regelung vorgesehen, wonach der Komplementär, ähnlich einem Dienstgeber-Dienstnehmerverhältnis das Recht hätte, auf den Kommanditisten einzuwirken, insbesondere ihm Weisungen zu erteilen oder die Verrichtung von Arbeiten aufzutragen. Ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis liege deshalb nicht vor. Die Behauptung der belangten Behörde der Gesellschaftsvertrag sei sittenwidrig, weil er nur zu dem Zweck der Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes abgeschlossen worden sei, entbehre jeglicher nachvollziehbarer Begründung. Die belangte Behörde verletzte damit ihre Pflicht, Bescheide ausreichend zu begründen.

Aus all diesen Gründen werde der Antrag gestellt, in Stattgabe des erhobenen Rechtsmittels den angefochtenen

Bescheid zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Nach erfolgter Berufungsmittelteilung im Sinne des § 65 AVG an die weitere Verfahrenspartei, das Arbeitsmarktservice NÖ, hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Land NÖ hierzu wie folgt erwogen:

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

Gemäß § 2 Abs 2 AuslBG gilt als Beschäftigung u.a. die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lita) bzw. in einem arbeitnehmerähnlichem Verhältnis (litb).

Gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lita AuslBG begeht, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt wurde, soweit die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallende strafbare Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 5.000,--, bis zu S 60.000,-- im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von S 10.000,-- bis zu S 120.000,--.

Die Rechtsmittelbehörde folgt zunächst im Gegensatz zur Erstbehörde dem Berufungsvorbringen dahingehend, daß auch der im Spruch des Straferkenntnisses genannte On***** zum Tatzeitpunkt Kommanditist der B***** B** und G***** Gesellschaft mbH & Co KG war, ihm also die Stellung als Kommanditist aufgrund Gesellschafterbeschlusses entsprechend der Regelung des Gesellschaftsvertrages zu diesem Zeitpunkt bereits zukam. Die Berufungsbehörde geht damit zur Gänze von dem vom Rechtsmittelwerber behaupteten Sachverhalt aus und darf gemäß § 51e Abs 2 VStG die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung unter der Voraussetzung entfallen, daß in der Berufung ausdrücklich nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet wird oder sich die Berufung nur gegen die Höhe der Strafe richtet. Zumal der Berufungswerber die Abhaltung einer Verhandlung in seinem Berufungsschriftsatz auch nicht verlangt hat, konnte die Behörde von der Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung absehen.

Bei den drei Ausländern Tr*****, Ta**** und On***** handelte es sich damit um Kommanditisten der Firma B***** B** und G***** GmbH & Co KG mit einer Vermögenseinlage von je S 5.000,--. Ebenso unstrittig ist, daß diese drei Ausländer zum Tatzeitpunkt den 24. März 1993 auf einer Baustelle in A***** diverse Bauarbeiten durchführten, sowie der Umstand, daß für die drei ausländischen Staatsangehörigen keine Beschäftigungsbewilligung ausgestellt war und auch keine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein vorlag.

Nach Ansicht der Berufungsbehörde ist deshalb alleine die Frage entscheidend, ob ausländische Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft (im vorliegenden Fall einer GmbH & Co KG) eine entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligung benötigen, wenn sie wie vorliegendenfalls Maurerarbeiten durchführen, mit welchen die GmbH & Co KG von dritter Seite beauftragt wurde.

Ausgehend von § 161 HGB ist die Kommanditgesellschaft eine Personengesellschaft, bei welcher mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt persönlich haftet (Komplementär). Während mindestens ein anderer Gesellschafter beschränkt haftet (Kommanditist). Nach § 164 HGB sind die Kommanditisten von der Geschäftsführung der Gesellschaft ausgeschlossen, jedoch ist diese Bestimmung nicht zwingend, zumal ein Kommanditist durch Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung verpflichtet oder berechtigt werden kann. Ein Dienstverhältnis wird damit jedoch nicht begründet, sondern kann ein solches mit dem Kommanditisten eigens vereinbart werden, dh ein

Kommanditist kann als Dienstnehmer wie jeder andere Dritte eine Arbeitstätigkeit bei der Kommanditgesellschaft entfalten (vgl. Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht 155 ff). Der Beschuldigte hat in seiner erstinstanzlichen Stellungnahme vom 18. Mai 1993 und im Berufungsschriftsatz hiezu vorgebracht, daß die Kommanditisten der B***** B**- und G*****gesellschaft mbH und & Co KG mit der Gesellschaft keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, sondern lediglich aufgrund des Gesellschaftsvertrages in Anbetracht des Wohles der Gesellschaft und somit, aufgrund der Gesamthandschaft, ihres eigenen Wohles - Tätigkeiten in freier Zeiteinteilung verrichten.

Die Berufsbehörde ist demgegenüber aber der Auffassung, daß die Durchführung von Bauarbeiten für einen dritten Auftraggeber kein derartiges Recht auf Mitarbeit darstellt, wie es einem Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag einzuräumen wäre; wobei der Berufungswerber auch nicht dargelegt hat, wie die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, aufgrund derer nach seinem Vorbringen die Ausländer für die Gesellschaft tätig werden, genau ausgestaltet ist.

Auch die weiteren Sachverhaltsdarstellungen des Beschuldigten vor der Erstbehörde, die ausländischen Kommanditisten der Baugar Bau- und Garten GmbH & Co KG hätten seit Gesellschaftsgründung maximal ca 60-70 Stunden pro Monat ihre Arbeitsleistung in die Gesellschaft eingebracht, wobei sie über ein betriebliches Mitspracherecht verfügten, an welches Arbeitnehmerrechte nicht einmal annähernd heranreichten, sowie faktisch alle Gesellschafter der B***** B**- und G***** GmbH & Co KG gleichzeitig angestellte der Firma D**** wären, weshalb eine Sozialversicherung in der slowakischen Republik bestünde. Darüberhinaus wären alle Gesellschafter in Österreich privat unfall- und invaliditätsversichert, dies allerdings auf eigene Kosten. Es bleibe deshalb mysteriös, worin der Unterschied zwischen einem selbständigen österreichischen Unternehmer und einem ausländischen Kommanditisten der Firma B***** B**- und G***** GmbH & Co KG gelegen sein soll.

Demgegenüber sieht jedoch die Berufsbehörde eine Arbeitszeit von etwa 60-70 Stunden monatlich bereits als regelmäßige Arbeitsleistung über einen längeren Zeitraum an; die B***** B**- und G***** GmbH & Co KG hatte für einen dritten Auftraggeber in A***** diverse Bauarbeiten durchzuführen, wobei die tatsächliche Ausführung dieser Arbeiten seitens der Firma B***** B**- und G***** GmbH & Co KG wohl nur mit Arbeitern erfolgen konnte, die in wirtschaftlicher, organisatorischer und weisungsgemäßer Unterordnung für die GmbH und Co KG tätig wurden, wobei in der Ausführung dieser Tätigkeiten kein Zusammenhang mit dem von den Ausländern in Höhe ihrer jeweiligen Einlage getragenen Unternehmensrisiko gesehen werden kann. Auch wenn man den weiteren Ausführungen des Berufungswerbers folgt, für die ausländischen Kommanditisten hätte keine Verpflichtung bestanden, für die Gesellschaft tätig zu werden, muß die vom Bestraften selbst angegebene Tätigkeit der Ausländer von 60-70 Stunden pro Monat so gesehen werden, daß die ausländischen Kommanditisten ihren Lebensunterhalt wohl nicht aus der Gewinnbeteiligung aufgrund ihrer Einlage in die Gesellschaft von S 5.000,- bestreiten hätten können, weshalb es eben den Beschuldigten nicht zu entlasten vermag, wenn die ausländischen Kommanditisten jeweils von sich aus auf das Anbot eingingen, bestimmte - der GmbH & Co KG erteilte - Aufträge durchzuführen. Wie die genaue Ausgestaltung des dem Tätigwerden der Ausländer zugrunde liegenden Vertragstypus ausgesehen haben wird, kann außer Betracht bleiben, weil ein auf diese Weise Arbeiten für die Gesellschaft durchführender Kommanditist seine Arbeitsleistung nur in persönlicher und wirtschaftlicher Unterordnung für die Zwecke von anderen (der Gesellschaft) erbringt und damit jedenfalls kein Zusammenhang mit einer Tätigkeit auch nur in der Nähe der Geschäftsführung der Gesellschaft gesehen werden kann und die Erbringung einer derartigen Arbeitsleistung - wie die Durchführung von Bauarbeiten mit denen ein Dritter die Gesellschaft beauftragt - eine solche Arbeitsleistung darstellt, zu deren Erbringung die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung seitens des Beschuldigten notwendig gewesen wäre. Wobei auf die Arbeitnehmerähnlichkeit von Arbeitsgesellschaftern hier auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. März 1995, ZI 94/09/0097, sowie vom 21. September 1995, ZI 94/09/0395, verwiesen werden darf. Die objektive Tatseite der dem Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretung muß daher eindeutig als erwiesen angesehen werden.

Gemäß §5 Abs1 VStG genügt zur Strafbarkeit, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes

bestimmt, 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. Die hier anzuwendende Strafbestimmung des §28 Abs1 Z1 lit a AuslBG verlangt weder den Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr und enthält auch keine Bestimmung für das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden, weshalb es sich bei der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung um ein Ungehorsamsdelikt handelt. In einem solchen Fall besteht von vorneherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann; was bedeutet, daß ihn die Beweislast dafür trifft, daß ihm die Einhaltung der objektiv verletzten Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Derartige Beweise oder diesbezügliches Vorbringen ist den Ausführungen des Beschuldigten allerdings nicht zu entnehmen und hätte er durchaus die Möglichkeit gehabt, noch bevor er sich zu der von ihm gewählten Konstruktion der Beschäftigung von ausländischen Kommanditisten der GmbH & Co KG entschloß, bei der zuständigen Behörde über die Rechtmäßigkeit dieser seiner Vorgangsweise Erkundigungen, bzw entsprechende Auskünfte einzuholen.

Bezüglich der Strafbemessung obliegt es der Behörde gemäß §60 AVG iVm §24 VStG, die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage, gelegen in der gesetzmäßigen Ausmessung der Strafe, klar und übersichtlich zusammenzufassen. Als Rechtsfrage stellt sich hiebei für die Behörde die Aufgabe, unter Bedachtnahme auf die Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten im Rahmen des gesetzlichen Strafsatzes die dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessene Strafe festzusetzen, also bei der Strafbemessung auf objektive und subjektive Kriterien der Tat Bedacht zu nehmen. Ein Tatbestandsmerkmal darf bei der Strafbemessung weder als erschwerender noch als mildernder Umstand herangezogen werden (sogenanntes Doppelverwertungsverbot). Diesem Erfordernis wird die Strafbemessung der Erstbehörde vorliegendenfalls nicht gerecht, die Behörde erster Instanz hat als erschwerend "zwei einschlägige Vormerkungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz" bei ihrer Strafbemessung gewertet, womit ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsgebot vorliegt. Für die Bestrafung heranzuziehen war der zweite Strafsatz des §28 Abs1 AuslBG, weil jedenfalls ein Wiederholungsfall vorliegt, zumal der Berufungswerber mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft K***** vom 5. Februar 1991, Zl 3-***-91, sowie Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft K***** vom 17. Jänner 1995, Zl 3-****-92, rechtskräftig einschlägig vorgemerkt ist. Die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von S 15.000,-- pro unberechtigt beschäftigten Ausländer erscheint deshalb bei dem von S 10.000,-- bis zu S 120.000,-- reichenden Strafraum für die gesetzten Delikte selbst ausgehend von unterdurchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Beschuldigten als angemessen, weil die Erstbehörde bei der letzten Übertretung des Beschuldigten gemäß §28 Abs1 AuslBG eine Geldstrafe von S 10.000,-- pro unberechtigt beschäftigten Ausländer verhängte und der Beschuldigte offenbar trotz dieser Bestrafung sich nicht davon abbringen ließ, weitere Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz zu setzen, weshalb diese Strafhöhe insbesondere in spezialpräventiver Hinsicht als geboten erscheint.

Es war deshalb spruchgemäß zu entscheiden.

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at