

# TE Vwgh Erkenntnis 2000/7/3 99/09/0057

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.07.2000

## **Index**

40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## **Norm**

AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §3;  
AVG §19;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
VStG §24;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. S. Giendl, über die Beschwerde des Ing. F. in Zell am See, vertreten durch Dr. Wolfgang Zarl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Imbergstraße 22, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Salzburg vom 21. Oktober 1998, Zl. UVS-11/10012/24-1998, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Partei: 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 S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Zell am See vom 15. Dezember 1997, mit dem ihm vorgeworfen wurde, es als handelsrechtlichen Geschäftsführer und damit als nach § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenem Organ der Ing. F. Baugesellschaft mbH mit Sitz in Zell am See, Brucker Bundesstraße 88/1, zu verantworten zu haben, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin fünf namentlich genannte polnische Staatsangehörige in der Zeit vom 8. September bis 27. Oktober 1995 beschäftigt habe, obwohl für diese

Tätigkeit weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch Arbeitserlaubnisse oder Befreiungsscheine ausgestellt worden seien, in der Schuldfrage keine Folge gegeben, die verhängten Geldstrafen jedoch auf S 15.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 24 Stunden) je unberechtigt beschäftigten Ausländer herabgesetzt.

Die belangte Behörde ging nach Darstellung des Verfahrensganges im Wesentlichen und zusammengefasst davon aus, die fünf polnischen Staatsangehörigen seien im vorgeworfenen Tatzeitraum von der Firma Ing. F. Baugesellschaft mbH auf einer Baustelle dieser Firma in Kleinfeld im Rahmen des von ihr betriebenen Gewerbebetriebes beschäftigt worden, wofür jedem von ihnen ein Betrag von S 3.000,-- ausgezahlt worden sei. Alle genannten Ausländer hätten mit der Schwägerin des Beschwerdeführers, C, als persönlich haftende Gesellschafterin eine Kommanditerwerbsgesellschaft (im Weiteren: KEG) abgeschlossen, in denen die Ausländergesellschafter als Kommanditisten mit einer Bareinlage von S 5.000,-- sowie ihrer mit demselben Betrag bewerteten Arbeitskraft beteiligt gewesen seien. Eine Eintragung dieser Gesellschaft in das Firmenbuch sei nicht erfolgt. Vielmehr habe es sich bei der Gründung dieser Personengesellschaft um ein Schein(rechts)geschäft zur Verschleierung der tatsächlichen Beschäftigung der Ausländer durch den Beschwerdeführer gehandelt, da einhellig bekundet worden sei, dass die fünf polnischen Staatsangehörigen vom Beschwerdeführer entloht worden seien. Dabei sei ein Stundenlohn von S 70,-- in Aussicht gestellt gewesen. Eine vertragliche Verbindung der Ing. F. Baugesellschaft m.b.H. zu der (im Tatzeitraum lediglich in Gründung befindlichen) KEG in Form einer Arbeitskräfteüberlassung habe weder bewiesen noch glaubhaft gemacht werden können. Auch folgte die belangte Behörde der Darstellung des Beschwerdeführers nicht, es habe sich bei den polnischen Staatsangehörigen lediglich um Volontäre gehandelt, die er auf seinen Geräten in Österreich einzuschulen beabsichtigt habe. Die belangte Behörde kam daher zum Schluss, zwischen der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft und den fünf namentlich genannten polnischen Staatsangehörigen habe es zumindest arbeitnehmerähnliche Verhältnisse gegeben. Weder eine Einschulung noch das Vorliegen von Volontärverhältnissen habe nachgewiesen werden können, zumal auch der Beschwerdeführer diesbezüglich konkrete Behauptungen nicht erhoben habe und auch die Tatbestandselemente des § 3 Abs. 5 AuslBG nicht vorgelegen seien. Der Beschwerdeführer habe auch im Sinne der Rechtsvermutung des § 5 Abs. 1 VStG zumindest fahrlässig gehandelt, da er die unverschuldete Unkenntnis der die Ausländerbeschäftigung regelnden Normen des AuslBG nicht habe nachweisen können. Der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer wäre verpflichtet gewesen, sich über Gesetze, die seine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung beträfen, auf dem Laufenden zu halten. Daran ändere auch nicht die ihm von Rechtsanwalt Dr. Gassner erteilte Rechtsauskunft, mit Errichtung der ("Ausländer") KEG und Eintragung dieser KEG in das Firmenbuch unterlagen die ausländischen Gesellschafter nicht mehr den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zumal nach einer weiteren Rechtsauskunft, die von der Normunterworfenheit der Ausländer trotz Firmengründung ausgegangen sei, zumindest eine Rechtsunsicherheit bestanden hätte, die es erforderlich gemacht hätte, sich vor Aufnahme der Beschäftigung der ausländischen Arbeitnehmer bei der zuständigen Behörde über die Zulässigkeit dieses Vorhabens zu erkundigen.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Gründe für die Strafzumessung dar.

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

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften führt der Beschwerdeführer wie folgt aus:

"Der Beschwerdeführer hat die zeugenschaftliche Einvernahme der fünf polnischen Staatsangehörigen beantragt. Ohne ausreichende Angabe von Gründen wurden aber diese Zeugen nicht einvernommen.

Dies stellt einen erheblichen Verfahrensmangel dar.

Selbes gilt für die unterlassene Zeugeneinvernahme des Ringler

Reinhold zu dem betreffenden Beweisthema."

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes

des angefochtenen Bescheides bringt der Beschwerdeführer Folgendes vor:

"Die belangte Behörde geht völlig zu Unrecht davon aus, dass die fünf polnischen Staatsangehörigen bei der Ing. F. Bau GmbH beschäftigt gewesen wären. Dies entspricht jedoch keinesfalls den Tatsachen. Richtig ist vielmehr, dass die betreffenden Personen Kommanditisten der C KEG waren und ausschließlich für diese in Gründung befindliche

Gesellschaft tätig geworden sind. Dies wäre ebenso festzustellen gewesen wie auch die Tatsache, dass die Nichteintragung der KEG in das Firmenbuch dem Beschwerdeführer schuldlos unbekannt war.

Festzustellen gewesen wäre auch, dass zwischen diesen betreffenden Personen und der Ing. F. Bau GmbH niemals ein Beschäftigungsverhältnis bestand und die genannte KEG diese Personen auf bestimmte Geräte und Verarbeitungsrichtlinien der Materialien einschulen wollte.

Eine Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes liegt demnach, entgegen der Rechtsmeinung der belangten Behörde, nicht vor, schon gar nicht eine Umgehungshandlung."

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt, und legte die Verwaltungsakten vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, - AuslBG, in der Fassung der NovelleBGBl. Nr. 314/1994, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Nach Abs. 5 leg. cit. bedürfen Ausländer, die ausschließlich zum Zwecke der Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis ohne Arbeitspflicht und ohne Entgeltanspruch (Volontäre) bis drei Monate beschäftigt werden, keiner Beschäftigungsbewilligung. Die Beschäftigung ist vom Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, spätestens am Tag der Arbeitsaufnahme der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice anzugeben.

Dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 AuslBG vorgelegen seien, insbesondere keine Arbeitspflicht bestanden hätte, und der Beschwerdeführer seinen nunmehrigen Behauptungen entsprechende Anzeigen beim Arbeitsmarktservice erstattet hätte, wurde von ihm nie behauptet. Die Entgeltlichkeit der von den fünf polnischen Staatsangehörigen erbrachten Arbeitsleistungen hingegen wurde von der belangten Behörde - unbekämpft - festgestellt. Vom Vorliegen von Volontärverhältnissen ist daher im Beschwerdefall nicht auszugehen.

Nach § 2 Abs. 2 AuslBG 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,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

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

Nach Abs. 3 leg. cit. sind den Arbeitgebern gleichzuhalten

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

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, oder der Veranstalter, und

c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.

Nach § 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. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des

gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder

2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25% Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag fest, dass ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hiefür hat der Antragsteller zu erbringen.

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG 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 dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafen von 5 000 S bis zu 60 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 10 000 S bis zu 120 000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 10 000 S bis zu 120 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20 000 S bis zu 240 000 S.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die gegenständlichen Ausländer in dem im erstinstanzlichen Straferkenntnis genannten Zeitraum auf der im Spruch dieses Bescheides genannten Baustelle Arbeiten verrichtet haben, und dass das von ihm vertretene Unternehmen dort solche Arbeiten durchzuführen hatte.

Der Beschwerdeführer macht gegen den angefochtenen Bescheid im Wesentlichen geltend, dass er (bzw. die von ihm vertretene Gesellschaft) die Ausländer nicht beschäftigt habe und wirft der belangten Behörde Verfahrensmängel insoweit vor, als sie die Einvernahme von mehreren namentlich genannten Zeugen verabsäumt habe.

Mit diesem Vorbringen gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, relevante Verfahrensmängel aufzuzeigen, abgesehen davon, dass konkrete Relevanzbehauptungen im Sinne der ständigen hg. Rechtsprechung (vgl. die in Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit3, Seite 600 f abgedruckte Judikatur) in dem oben wörtlich zitierten Beschwerdevorbringen überhaupt gänzlich fehlen.

Wenn der Beschwerdeführer als Verfahrensverletzung die Unterlassung der zeugenschaftlichen Einvernahme der fünf in Rede stehenden polnischen Staatsangehörigen rügt, ist er darauf zu verweisen, dass bereits die belangte Behörde darauf hingewiesen hat, dass die polnischen Staatsangehörigen im Zeitpunkt der Abhaltung der mündlichen Berufungsverhandlung keine ladungsfähige Anschrift im Inland mehr hatten und eine Ladung unter Zwangsumlage (iSd § 19 AVG) an die hinsichtlich zweier polnischer Staatsangehöriger bekannten polnischen Adressen in Ermangelung eines Rechtshilfeabkommens mit der Republik Polen als nicht aussichtsreich erachtet wurde. Diese Vorgangsweise steht in Einklang mit der ständigen diesbezüglichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 15. Dezember 1999, ZI. 99/09/0078 und vom 13. September 1999, ZI. 97/09/0359).

Insoweit der Beschwerdeführer die Unterlassung der zeugenschaftlichen Einvernahme des Reinhold Ringler rügt, ist er darauf zu verweisen, dass das für die Einvernahme dieses Zeugen bekannt gegebene Beweisthema, nämlich "dass auch dieser nach Beratung durch Dr. Gassner Erwerbsgesellschaften gegründet habe, um das Erfordernis der Beschäftigungsbewilligung für ausländische Arbeitnehmer zu umgehen", für die Entscheidung im Beschwerdefall völlig unbedeutend ist, weil es weder zur Beurteilung des objektiven Tatbildes noch zur Beurteilung der subjektiven Tatseite von Belang sein kann, welche Rechtsauskünfte dritten Personen erteilt wurden und welche Handlungen diese in weiterer Konsequenz hieran knüpften. Die belangte Behörde hat bereits mit ausreichender Deutlichkeit darauf hingewiesen, dass es der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entspricht, dem Geschäftsführer einer Gesellschaft die Verpflichtung aufzuerlegen, sich hinsichtlich jener gesetzlichen Normen auf dem Laufenden zu halten,

die zum Betrieb des Unternehmens gehören, und im Zweifelsfalle die Rechtsauskunft der zuständigen Behörde einzuholen (vgl. als Beispiel für viele das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1998, Zl. 96/09/0100). Die behaupteten Verfahrensmängel liegen daher nicht vor.

Zur behaupteten inhaltlichen Rechtswidrigkeit ist Folgendes auszuführen:

Der Begriff der Beschäftigung ist - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenes) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) 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. hierzu die hg. Erkenntnisse vom 9. September 1997, Zl. 95/09/0338, und vom 26. August 1998, Zl. 96/09/0321, mwN.).

Geht man von der Tätigkeit der betretenen Ausländer als Bauhilfsarbeiter aus, so ist dies eine Tätigkeit, die typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, so dass in der rechtlichen Qualifikation der belangten Behörde keine Rechtswidrigkeit erblickt werden kann.

Die Höhe der verhängten Strafen wird vom Beschwerdeführer nicht bekämpft und erscheint auch aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes nicht rechtswidrig.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994. Wien, am 3. Juli 2000

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2000:1999090057.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

04.12.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

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