jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 1995/9/21 94/09/0395

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.09.1995

Index

21/01 Handelsrecht;
21/03 GesmbH-Recht;
40/01 Verwaltungsverfahren;
60/02 Arbeitnehmerschutz;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AÜG §3 Abs4;
AÜG §4 Abs1;
AÜG §4 Abs2;
AuslBG §2 Abs2 litb;
AuslBG §2 Abs3 lita;
AuslBG §2 Abs3 litc;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §3 Abs1 idF 1990/450;
GmbHG §25;
HGB §1;
HGB §105;
HGB §106;
HGB §2;
HGB §4;
HGB §5;
VStG §19 Abs2;
VStG §19;
VStG §5 Abs1;
VStG §5 Abs2;

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn):94/09/0393 E 21. September 1995 94/09/0398 E 21. September 1995 94/09/0397 E 21. September 1995 94/09/0394 E 21. September 1995

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Höß und Dr. Blaschek als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Leitner, über die Beschwerde des Ing. H in W, vertreten durch Dr. B, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 11. Oktober 1994, Zl. UVS-07/06/00146/94, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit und Soziales), 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

Der Beschwerdeführer war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der Ing. H-Gesellschaft m.b.H. (in der Folge kurz: Firma H.) mit dem Sitz in W und gemäß § 9 Abs. 1 VStG als nach außen zur Vertretung berufenes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich.

Aufgrund einer (unter Gendarmerieassistenz) durchgeführten Baustellenkontrolle erstattete das Arbeitsamt Mattersburg mit Schreiben vom 18. November 1992 (eingelangt am 20. November 1992) folgende Anzeige an die Bezirkshauptmannschaft M: Auf einer Baustelle der Firma H. in F seien fünf namentlich genannte polnische Arbeitskräfte jeweils ohne Beschäftigungsbewilligung, Arbeitserlaubnis oder Befreiungsschein angetroffen worden. Diese ausländischen Arbeitskräfte hätten jeweils auf ihren Namen lautende Schreiben (ausgestellt von Ing. R.S.) vorgewiesen und behauptet, sie seien Gesellschafter der B-OHG (in der Folge kurz: OHG). Da diese Ausländer "als Arbeitnehmer arbeiten und auch in der Firma versichert sind und entlohnt werden" bestehe der konkrete Verdacht einer Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes.

Der danach im Verwaltungsstrafverfahren gegen die Firma H. als Zeuge vernommene Ing. R.S. übermittelte dem Magistrat der Stadt Wien (Magistratisches Bezirksamt für den 4./5. Bezirk) das Muster eines Gesellschaftsvertrages, die Ablichtung einer an das Landes- als Handelsgericht Graz gerichteten Firmenbucheingabe und ein auf seinen Namen lautendes Vollmachtsformular - wobei er dazu ergänzte, daß jeder Gesellschafter der OHG eine auf ihn lautende Vollmacht unterschreibe - gleichzeitig mit einem Schreiben vom 29. Jänner 1993 (eingelangt am 3. Februar 1993), in welchem er folgenden Sachverhalt darlegte:

"Ich darf grundsätzlich zu diesem Thema festhalten, daß sämtliche, ihrem Verfahren zugehörige Ausländer der B-OHG als Gesellschafter angehören und als solche selbständige österreichische Unternehmer sind. Sie sind in keiner Weise in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt und somit auch nicht in arbeitnehmerähnlicher Eigenschaft tätig. Die Herrschaften erfüllen alle gesetzlichen Erfordernisse sowie Wohnsitz in Österreich, Sozialversicherungs- und Steuerveranlagung. Die in G ansässige Gesellschaft verfügt über eine Genehmigung zur Ausübung des Baumeistergewerbes."

Dem vom Zeugen Ing. R.S. vorgelegten Vertragsmuster ("Gesellschaftsvertrag") ist unter anderem folgendes zu entnehmen:

"I. Zweck der Gesellschaft, Firma und Sitz

1. Herr B E, Herr I K und die D W-Gesellschaft m.b.H. errichten hiemit eine Offene Handelsgesellschaft mit dem Sitz in G. ...

4. Gegenstand des Unternehmens ist folgende Tätigkeit:

Baumeistergewerbe Dachdeckergewerbe Spenglergewerbe Zimmermeistergewerbe Gas-, Wasserleitungs-, Sanitär- und Heizungsinstallation, Elektroinstallation der Ober- und Unterstufe, Maler- und Anstreichergewerbe, Tischlergewerbe, Schlossergewerbe, Fliesenleger, Bodenleger, Pflasterergewerbe, Zimmer- und Gebäudereinigung, Handel mit Waren aller Art, Import und Export von Waren aller Art, sowie der Abschluß von Handelsgeschäften jeder Art, die der Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmittelbar oder mittelbar dienen.

5. Die Gesellschaft ist berechtigt, alle Geschäfte und Maßnahmen durchzuführen, die für die Erreichung des Gesellschaftszweckes förderlich sind.

6. Die Gesellschaft ist berechtigt, weitere Arbeitsgesellschafter, die vollhaftende Gesellschafter sein müssen, nach Maßgabe des Punktes VI. aufzunehmen. ...

IV. Geschäftsführung

Die Geschäftsführung wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter gemeinsam besorgt.

V. Vertretung

Die Gesellschaft wird durch jeden der persönlich haftenden Gesellschafter vertreten. ...

VI. Gewinn- und Verlustteilung, Entnahmen

Jeder Gesellschafter hat das Recht, einen Stundensatz für seine von ihm zu erbringenden Leistungen oder einen Pauschalbetrag hiefür festzusetzen, welcher ihm im Rahmen der Gewinnausschüttung netto verbleiben soll. Dieser Gewinnanteil ist demnach für jeden Gesellschafter variabel und wird monatlich im Nachhinein, basierend auf der in seinem Namen fakturierten Leistung akontiert. ...

Für den Hinzutritt weiterer Arbeitsgesellschafter, der im Gewinnanteil nach Punkt VI. ermittelt wird, genügt die Zustimmung der Gesellschafterin D W-Gesellschaft m.b.H. ..."

Die von dem einzelnen "Arbeitsgesellschafter" jeweils zu unterfertigende Vollmacht berechtigt Ing. R.S. unter anderem zu folgenden Vertretungshandlungen:

"1. Mich grundsätzlich hinsichtlich aller mich betreffenen Angelegenheiten, insbesondere vor allen Ämtern, Behörden und Gerichten rechtsgültig zu vertreten.

2. In meinem Namen sämtliche Erklärungen abzugeben und Unterschriften zu leisten, die zu meiner Vertretung in fremdenpolizeilichen, aufenthaltsrechtlichen und melderechtlichen Angelegenheiten erforderlich sind.

3. In meinem Namen bei Gesellschafterversammlungen der Firma B-OHG mein Stimmrecht auszüben und für mich Beschlüsse jeder Art zu fassen, sowie in meinem Namen alle wie immer gearteten, die Gesellschaft B-OHG betreffenden Firmenbucheingaben, insbesondere jene, die die Protokollierung im Firmenbuch des zuständigen Handelsgerichtes sowie jene Eingaben, die künftige Ein- und Austritte von Mitgesellschaftern, sohin auch mich selbst betreffen, zu fertigen.

4. Die Einhaltung sämtlicher österreichischen Gesetze, welche im Zusammenhang mit meiner Tätigkeit als selbständiger Unternehmer in Österreich auf meine Person Anwendung finden, hinsichtlich meiner Tätigkeiten in Österreich laufend zu überwachen und mich in diesem Zusammenhang zu einer korrekten Einhaltung aller Gesetze in diesem Sinne anzuhalten. Dies insbesondere hinsichtlich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, der diversen Steuergesetze, des Sozialversicherungsgesetzes und der Gewerbeordnung. Sollte der Vollmachtnehmer in diesem Zusammenhang von einem Unwohlverhalten meiner Person hinsichtlich der Einhaltung eines Gesetzes Kenntnis erlangen, so ist er berechtigt, ohne mein weiteres Wissen und Zutun und insbesondere ohne daß ein weiteres Einverständnis meinerseits dazu erforderlich wäre, jederzeit meinen Austritt aus der Firma B-OHG zu erklären und überhaupt jegliche, meinen Austritt bewirkenden Erklärungen abzugeben und diesbezügliche Unterschriften zu leisten. ..."

Zur Rechtfertigung aufgefordert, brachte der Beschwerdeführer in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 29. April 1993 im wesentlichen vor, die Firma H. habe hinsichtlich der inkriminierten Baustelle in F die

D W-Gesellschaft m.b.H. (in der Folge kurz: Firma W.) mit der "Durchführung bestimmter Bauleistungen", nämlich Baumeisterarbeiten (dazu hätten unter anderem Maurerarbeiten gehört) beauftragt; diese Subunternehmerin habe ihre Leistungen nach Baufortschritt und in vereinbarten Abständen fakturiert. Zur Erfüllung ihrer Leistung habe sich die Firma W. der in G etablierten und registrierten OHG bedient. Sämtliche "genannten Herrschaften" (damit gemeint: die ausländischen Arbeitskräfte) seien - wie der Urkundensammlung des Firmenbuches entnommen werden könne - Gesellschafter der OHG; sie seien auch bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert, beim zuständigen Finanzamt für Einkommensteuer veranlagt und demnach "selbständige, eigenverantwortliche Unternehmer", die an keine Weisungen der Firma H. gebunden und zu dieser in keinem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis stünden. Auf der inkriminierten Baustelle habe die Firma H. lediglich den Baufortschritt sowie den Umfang und die Tauglichkeit der von den Subunternehmern fakturierten Leistungen kontrolliert. Die Firma H. sei nicht

Arbeitgeber der auf der Baustelle tätig gewesenen Arbeitskräfte. Mit der Firma W. beruhe die Geschäftsbeziehung auf mündlich getroffenen Absprachen; Rechnungen bzw. schriftliche Aufträge könnten daher nicht vorgelegt werden. In F habe die Firma W.

Baumeisterarbeiten im Zusammenhang mit "Rohbau Mauerungs-, Schalungs-, Bewährungs- und Betonierungsarbeiten sowie Innenausbau, GK-Platten, Verputzarbeiten" um den ausgehandelten Pauschalwerklohn von S 1,8 Mio zu erbringen gehabt. Mit der Firma W. habe keine Arbeitskräfteüberlassung, sondern ein Werkvertrag bestanden. Aus einem von der Firma W. ihm zur Kenntnis gebrachten Schreiben des Landesarbeitsamtes Wien vom 24. September 1991 habe er eindeutig auf die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit der Firma W. schließen dürfen.

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 28. Dezember 1993, Zl. MBA 4/5-S11163/92, wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma H. zu verantworten, daß diese Gesellschaft als Arbeitgeber die von der Firma W. überlassenen ausländischen Arbeitskräfte - die polnischen Staatsangehörigen U., V., X., Y. und Z. - am 12. November 1992 auf der Baustelle in F mit Maurerarbeiten beschäftigt habe, ohne daß Beschäftigungsbewilligungen bzw. eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein für diese Arbeitskräfte vorgelegen wären. Der Beschwerdeführer habe dadurch Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG begangen und werde dafür mit Geldstrafen von S 20.000,-- je unberechtigt beschäftigten Ausländer, insgesamt daher S 100.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils zwei Wochen) bestraft.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung und führte darin aus, er habe Ing. R.S., den Geschäftsführer der als Subunternehmerin beauftragten Firma W., im Laufe des Vertragsverhältnisses zur Klarstellung hinsichtlich der sogenannten "Arbeitsgesellschafter" aufgefordert. Daraufhin habe ihm Ing. R.S. das Schreiben des Landesarbeitsamtes Wien vom 24. September 1991, den Gesellschaftsvertrag und Firmenbuchauszug der OHG sowie die hinsichtlich der Gesellschafter vorgenommenen Anmeldungen bei Sozialversicherung und Finanzamt zur Einsicht überlassen und erläutert. Er habe daraus entnommen, daß diese "Leute" als Mitgesellschafter und österreichische Unternehmer handeln würden. Die Ingerenz der Firma H. als Werkbesteller erstrecke sich nicht auf die gesellschaftsinternen Verhältnisse der Firma W. bzw. der OHG, sodaß für ihn nicht erkennbar gewesen sei, ob arbeitnehmerähnliche Arbeitskräfte zum Einsatz gekommen seien. In den Werkverträgen mit der Firma W. sei der bedungene Erfolg klar umrissen gewesen. Von einer organisatorischen Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb der Firma H. könne keine Rede sein. Die Firma W. habe die Herstellung eines Bauwerks (Fassade, Komplettsanierung einer Wohnung) auf eigenes unternehmerisches Risiko geschuldet. Auf der Baustelle habe die Firma H. durch Sachverständige (Poliere) nur eine Nachschau und Kontrolle ausgeübt, um durch rechtzeitiges Eingreifen in das Werkgeschehen spätere Verbesserungs- und Mängelverfahren zu minimieren. Bei diesen Kontrollen hätten die Poliere der Firma W. keine Weisungen erteilt, sondern nur "Klarstellungen" vorgenommen. Die Haftung der Firma W. für den geschuldeten Erfolg ergebe sich aus dem beim Handelsgericht Wien zu AZ 31 Cg 636/93a anhängigen Zivilprozeß. Es habe ein reiner Werkvertrag zwischen der Firma H. und der Firma W. bestanden. Die in keinem Verhältnis zur Schwere der Übertretungen und dem Einkommen des Beschwerdeführers stehenden Geldstrafen müßten gemäß § 20 VStG gemildert werden.

Im Zuge des Berufungsverfahrens hat die belangte Behörde beim Landes- als Handelsgericht Graz (Firmenbuch) Erkundigungen über die OHG eingeholt. Laut einem vom 1. April 1994 stammenden Auszug aus dem Firmenbuch ist die zu FN nnn1 registriert gewesene OHG im Firmenbuch am 3. August 1993 gelöscht worden. Im Beschluß vom 28. Juli 1993, mit dem das für diese Firmenbuchsache zuständige Gericht die amtswegige Löschung der OHG gemäß § 10 Abs. 2 FBG verfügte, wurde folgendes festgestellt:

"Mit hg. Beschluß vom 14.12.1992, 27 Fr n2/92h, wurde das Verfahren zur Löschung der Firma im Firmenbuch eingeleitet.

Die gepflogenen Erhebungen haben ergeben, daß die Gesellschaft ausschließlich zur Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer vorwiegend des Bau- und Baunebengewerbes - unter Umgehung der gesetzlichen Vorschriften (Aufenthaltsgesetz, Ausländerbeschäftigungsgesetz) - gegründet wurde.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die ausführliche Begründung des Beschlusses vom 14.12.1992 verwiesen sowie auf den Beschluß des OLG Graz vom 5.2.1993, 1 R n3/93, 1 R n4/93. Die zwischenzeitig eingelangten Eingaben 14.4.1993 und 11.6.1993 verdeutlichen zusätzlich den Zweck der Gesellschaft.

Die am 6.7.1993 eingelangte Niederschrift bekräftigt die Tatsache, daß die Gesellschaft von Anfang an nur zur Beschaffung ausländischer Arbeitskräfte unter Umgehung zwingender arbeits- und ausländerbeschäftigungsrechtlicher Bestimmungen gegründet wurde. Die Aussage des Janusz Szot stellt einen weiteren Beweis hiefür dar.

Durch die gepflogenen Erhebungen kommt das Gericht zur Ansicht, daß die Gesellschaftsgründung zur Verwirklichung eines sittenwidrigen Tatbestandes erfolgt ist. Es fehlen somit die Voraussetzungen für das Entstehen einer Offenen Handelsgesellschaft (§ 105 HGB), weshalb die Gesellschaft im Firmenbuch zu löschen war.

Eine Erörterung der Frage, ob der gewählte Sitz Graz zulässig gewählt wurde, kann somit außer Acht gelassen werden und erfolgt eine Entscheidung über die ausgesetzten Anträge ... nach Rechtskraft dieses Beschlusses."

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 11. Oktober 1994 wurde der Berufung des Beschwerdeführers keine Folge gegeben und das erstbehördliche Straferkenntnis unter Auferlegung eines Kostenbeitrages von S 20.000,-- (20 % der verhängten Strafen) vollinhaltlich bestätigt.

Nach ausführlicher Darlegung des Verfahrensverlaufes und der Ergebnisse der durchgeführten mündlichen Verhandlung begründete die belangte Behörde ihren Schuldspruch im wesentlichen damit, daß zwischen der Firma H. und der Firma W. eine als Arbeitskräfteüberlassung zu wertende vertragliche Beziehung bestanden habe. Die sogenannten ausländischen Gesellschafter der OHG seien zur Firma W. in einem dem Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vergleichbaren Verhältnis gestanden. Von der Firma W. seien die ausländischen "Gesellschafter" wirtschaftlich abhängig gewesen. Eine tatsächlich ausgeübte Gesellschaftstätigkeit der amtswegig gelöschten OHG habe nicht festgestellt werden können; diese OHG habe nur die Funktion einer Zahlstelle zur Auszahlung der Löhne übernommen. Als Überlasser der ausländischen Arbeitskräfte habe die Firma W. zu gelten. Die Firma H. habe als Beschäftiger im Sinne des § 3 AÜG ausländische Arbeitskräfte ohne die erforderliche arbeitsmarktbehördliche Genehmigung verwendet. Die ausländischen "Arbeitsgesellschafter" hätten ausnahmslos Ing. R.S. mit der Wahrnehmung ihrer Gesellschaftsrechte bevollmächtigt und seien weder wirtschaftlich noch persönlich unabhängig gewesen; sie seien im Rahmen der inkriminierten Tätigkeiten auch keinesfalls als eigenständige Unternehmer aufgetreten. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde im wesentlichen aus, daß eine Herabsetzung der von der Erstbehörde mit bloß einem Sechstel der Höchststrafe je Delikt verhängten Strafen angesichts des rechtswidrig verschafften Wettbewerbsvorteiles selbst unter Berücksichtigung des Milderungsgrundes der Unbescholtenheit nicht gerechtfertigt sei. Das von der Erstbehörde berücksichtigte Nichtvorliegen einschlägiger Verwaltungsstrafen stelle hingegen keinen Milderungsgrund dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Der Beschwerdeführer erachtet sich in dem Recht auf ein gesetzmäßiges Verwaltungsverfahren (insbesondere im Sinne von "§ 5f VStG", einer amtswegigen Wahrheitsfindung, der Stellungnahme zu Beweisergebnissen und auf Einvernahme von Zeugen) und in dem von ihm aus § 2 AuslBG und § 3 AÜG (dabei handelt es sich jedoch um die Begriffsbestimmungen dieses Bundesgesetzes) abgeleiteten Recht auf Durchführung von Arbeiten durch betriebsfremde Personen verletzt. Nach seinem gesamten Vorbringen (und dem solcherart zu verstehenden Beschwerdepunkt) erachtet sich der Beschwerdeführer offenbar dahingehend verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht wegen der in Rede stehenden Verwaltungsübertretungen bestraft zu werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG; BGBl. Nr. 218/1975) regelt - zufolge seines § 1 Abs. 1 - die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.

Als Beschäftigung gilt nach § 2 Abs. 2 leg. cit. (in der FassungBGBl. Nr. 450/1990) unter anderem die Verwendung

b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtlicher oder sonstiger

Vorschriften ausgeübt wird, ... oder

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

Den Arbeitgebern sind in den Fällen des Abs. 2 lit. b der genannten Bestimmung die inländischen Vertragspartner jener

Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, und in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes gleichzuhalten (vgl. § 2 Abs. 3 lit. a und c leg. cit. in der Fassung BGBl. Nr. 450/1990).

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG (in der Fassung BGBl. Nr. 450/1990) 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.

Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG; BGBl. Nr. 196/1988) sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen.

Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist gemäß § 4 Abs. 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Nach Abs. 2 der genannten Gesetzesstelle liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegen mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Soferne die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlungen bildet, begeht nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG 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 mit Geldstrafe von S 5.000,-- bis zu S 60.000,--, im Falle der erstmaligen oder weiteren Wiederholung von S 10.000,-- bis zu S 120.000,--, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 10.000,-- bis zu S 120.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von S 20.000,-- bis zu S 240.000,--.

Der Beschwerdeführer bekämpft den Schuldspruch des angefochtenen Bescheides im wesentlichen damit, daß die belangte Behörde das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses zu Unrecht bzw. auf der Grundlage eines mangelhaften Ermittlungsverfahrens bejaht und die Verschuldensfrage unrichtig gelöst habe. Dem ist folgendes zu erwidern:

Nach der Rechsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, vom 15. Dezember 1994, Zl.94/09/0092, und vom 21. März 1995, Zl.94/09/0097) kann jede Art von Arbeitsleistung Gegenstand eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses sein. Die Rechtsnatur der Vertragsbeziehung zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfänger ist nicht entscheidend.

Arbeitnehmerähnlichkeit ist vor allem darin zu erblicken, daß der "Arbeitnehmerähnliche" in wirtschaftlicher Abhängigkeit und demnach unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig wird. Dem organisatorischen Aspekt dieser Abhängigkeit kommt maßgebliche Bedeutung zu. Dabei ist, ohne daß alle Kriterien vollständig in jedem konkreten Einzelfall auch verwirklicht sein müssen, in methodischer Hinsicht das Gesamtbild der Tätigkeit dahingehend zu prüfen, ob diese Person durch das konkrete Rechtsverhältnis (in dem sie sich befindet) gehindert ist, ihre Arbeitskraft auch anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen. Einzelne Umstände, die für oder wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, dürfen nicht isoliert, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung bewertet werden.

An diesen Maßstäben gemessen, ergibt sich für den vorliegenden Beschwerdefall, daß die ausländischen Arbeitskräfte

nur formal den Status von "Gesellschaftern" der in Graz zunächst registrierten, aber später amtswegig gelöschten OHG erlangt haben. Die Rechtsfolgen der Entstehung einer Offenen Handelsgesellschaft können nämlich nur dadurch ausgelöst werden, daß es zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, gerichtet auf den BETRIEB EINES VOLLHANDELSGEWERBES unter gemeinsamer Firma zum Zwecke der Gewinnerzielung bei fehlender Haftungsbeschränkung der Beteiligten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommt (vgl. HS 16052 mwN.). Der Beschwerdeführer übersieht, daß eine Offene Handelsgesellschaft daher den tatsächlichen BETRIEB eines Vollhandelsgewerbes notwendig macht (§ 105 HGB). Ein Vollhandelsgewerbe erfordert aber in qualitativer Hinsicht ein Handelsgewerbe (§ 1 HGB) und des weiteren nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (§§ 2 und 4 HGB). Welches Grundhandelsgewerbe (§ 1 HGB) die in Rede stehende OHG tatsächlich jemals ausgeübt haben sollte, ist aber weder im Verfahren hervorgekommen noch vom Beschwerdeführer dargetan worden. Die im Gesellschaftsvertrag als Unternehmensgegenstand der OHG genannten Bautätigkeiten bzw. Tätigkeiten des Baunebengewerbes haben jedenfalls nicht den Tatbestand eines Handelsgewerbes erfüllt und sind demnach ungeeignet gewesen, eine Offene Handelsgesellschaft tatsächlich entstehen zu lassen. Nach Darstellung des Zeugen Ing. R.S.

- dieser war Bevollmächtigter aller Arbeitsgesellschafter und hat offenbar maßgebenden Einfluß auf die Gesellschaft bzw. auch auf die Firma W. besessen - soll eine "Genehmigung zur Ausübung des Baumeistergewerbes" vorgelegen sein. Dieser Betrieb des Baumeistergewerbes alleine war aber (wie bereits dargelegt) noch nicht ausreichend, um eine Offene Handelsgesellschaft entstehen zu lassen. Welche Berechtigungen der OHG überhaupt zur Verfügung standen, um ein Handelsgewerbe tatsächlich bzw. erlaubterweise ausüben zu können, ist vom Beschwerdeführer ebenfalls nicht dargelegt worden. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, daß die Eintragung einer Offenen Handelsgesellschaft in das Firmenbuch lediglich anzumelden ist (§ 106 HGB) und nur deklarative Wirkung hat. Maßgeblich für die Entstehung der Offenen Handelsgesellschaft bleiben die tatsächlichen Umstände, weshalb die bloße Registrierung weder am fehlenden Betrieb eines Handelsgewerbes noch daran etwas zu ändern vermag, daß diese Handelsgesellschaft nicht entsteht oder aber, daß beispielsweise eine auf ein Kleingewerbe absinkende Offene Handelsgesellschaft sich schon kraft Gesetzes in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwandelt. Auf unrichtige (oder nachträglich unrichtig gewordene) Registereintragungen sind die Vorschriften für den Scheinkaufmann (§§ 5 bis 7 HGB) anzuwenden.

Dem amtswegig erlassenen Beschluß des Registergerichtes auf Löschung der OHG ist unmißverständlich zu entnehmen, daß die in Rede stehende OHG niemals ein Handelsgewerbe augeübt hat und schon von Anfang an die Eintragungsvoraussetzungen nicht vorgelegen sind. Der belangten Behörde ist daher darin zuzustimmen, daß eine die Rechtsfolgen der Entstehung einer Offenen Handelsgesellschaft auslösenden Geschäftstätigkeit durch die OHG nicht habe festgestellt werden können. Dieser Beurteilung der belangten Behörde tritt der Beschwerdeführer mit keinem Wort entgegen. Es ist daher davon auszugehen, daß die Entstehung einer Offenen Handelsgesellschaft im vorliegenden Fall über den formalen Versuch nicht hinausgegangen ist, und die für die Auslösung der Rechtsfolgen der Entstehung einer Offenen Handelsgesellschaft notwendigen tatsächlichen Schritte nicht in Vollzug gesetzt wurden. Damit erweist sich die auf einer "Schein-Offenen Handelsgesellschaft" beruhende Konstruktion, mit der die ausländischen Arbeitskräfte zu "Gesellschaftern" bzw. in formaler Hinsicht zu "Unternehmern" gemacht werden sollten, als schon von Anfang an gescheitert.

Bei diesem Ergebnis kann die Arbeitnehmerähnlichkeit nicht verneint werden, weil den ausländischen Arbeitskräften damit ein anderweitiger Einsatz ihrer Arbeitskraft (auf legalem Weg) nur innerhalb der rechtlich zulässigen Grenzen des AuslBG möglich gewesen wäre. Die Beschwerdeausführungen erweisen sich daher schon aus den dargelegten Gründen als nicht zielführend.

Des weiteren hat der Beschwerdeführer auch weder aufgezeigt, welches "Werk" die nach Stundenlohn honorierten ausländischen Arbeitskräfte überhaupt hergestellt haben, zumal bei einem Werkvertrag allein der geschuldete Erfolg, nicht aber schon eine vor dem Ergebnis der Tätigkeit erbrachte Dienstleistung an sich entlohnt wird, noch ist den Beschwerdeausführungen überzeugend zu entnehmen, warum der Beschwerdeführer ernstlich der Auffassung sein konnte, die von ihm selbst als "Facharbeiter" bezeichneten polnischen Arbeitskräfte seien als Unternehmer aufgetreten, bzw. warum für ihn in tatsächlicher Hinsicht der Eindruck entstanden ist, daß auf der Baustelle der Firma H. in F von "österreichischen Unternehmern" Maurerarbeiten verrichtet werden. Daß diese polnischen Arbeitskräfte auch nur ansatzweise über eine als "Unternehmen" anzusprechende Organisation verfügt hätten, wird selbst in der

Beschwerde nicht einmal behauptet. Der in diesem Zusammenhang erhobenen Rüge, das Ermittlungsverfahren sei mangelhaft bzw. unvollständig geblieben, ist zu erwidern, daß die Erwägungen der Beschwerde nicht erkennen lassen, inwieweit die belangte Behörde bei Durchführung der vermißten Erhebungen zu einem anderen Bescheid hätte gelangen können.

Was die Bemängelung des subjektiven Tatbestandes betrifft, läßt der Beschwerdeführer außer acht, daß die ihm zur Last gelegte Übertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG ein sogenanntes "Ungehorsamsdelikt" darstellt, bei dem der Täter initiativ darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht. In einem solchen Fall besteht die vom Täter zu widerlegende Vermutung seines Verschuldens in der Form fahrlässigen Verhaltens (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse jeweils vom 21. Jänner 1994, Zl. 93/09/0048, und Zl. 93/09/0174). Diese Widerlegung ist dem Beschwerdeführer schon behauptungsmäßig nicht gelungen. So legt er nicht dar, warum er überhaupt eine "Offenlegung der Verhältnisse" von Ing. R.S. verlangen mußte, wenn er - seinen übrigen Behauptungen zufolge - doch einen "reinen Werkvertrag" mit der Subunternehmerin Firma W. abgeschlossen haben will. Für einen "reinen Werkbesteller" wäre eine derartige "Offenlegung" nämlich entbehrlich gewesen. Dazu kommt, daß der Beschwerdeführer auf den in seiner Berufung ins Treffen geführten Zivilprozeß zwischen der Firma H. und der Firma W. (Handelsgericht Wien, AZ Cg 636/93a) nicht mehr zurückkommt, zumal in diesem Verfahren die Firma W. (seine "Subunternehmerin") ausdrücklich vorgebracht hat, daß kein Werkvertrag, sondern die Überlassung von Arbeitskräften geschuldet war. Die Vertragspartnerin der Firma H. hat damit der vom Beschwerdeführer in seiner Rechtfertigung gebrauchten Argumentation den Boden entzogen. Diesen Ungereimtheiten in der Verantwortung des Beschwerdeführers ist hinzuzufügen, daß dieser - der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer einer Gesellschaft m.b.H. und solcherart gemäß § 25 GmbHG verpflichtet, bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden - auch keine zielführenden Nachforschungen über die von der OHG tatsächlich ausgeübte Tätigkeit anstellte und sich auch mit den von ihm angesprochenen Schreiben des Landesarbeitsamtes Wien insoweit nicht ausreichend auseinandergesetzt hat, als dort ausdrücklich der Verdacht der "sittenwidrigen Gründung einer Offenen Handelsgesellschaft" bzw. ein "möglicher Mißbrauch" angesprochen werden. In der Unterlassung zielführender bzw. auf umfassender Sachverhaltsdarstellung beruhender Erkundigungen bei der zuständigen Bewilligungsbehörde und/oder bei einer zur Parteienvertretung befugten Person oder Stelle - insbesondere auch die dem Beschwerdeführer mögliche Auskunft beim Gewerberegister hinsichtlich der für die in Rede stehende OHG überhaupt bestehenden Gewerbeberechtigungen bzw. Nachforschungen über deren tatsächlichen Geschäftsbetrieb - durch den Beschwerdeführer liegt zumindest ein im Beschwerdefall die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 2 VStG ausschließendes fahrlässiges Verhalten (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 30. August 1991, Zl. 91/09/0022).

Die belangte Behörde ist daher, ohne das Gesetz zu verletzen, zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beschwerdeführer im Beschwerdefall schuldhaft gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen hat.

Aber auch die gegen die Strafbemessung vorgebrachten Ausführungen sind nicht geeignet, der Beschwerde zum Erfolg zu verhelfen.

Die sogenannte "relative Unbescholtenheit" - nämlich, daß keine einschlägige Vorstrafe besteht - stellt keinen weiteren Milderungsgrund dar (vgl. Ringhofer, Verwaltungsverfahrensgesetze II, E 103 zu § 19 VStG). Daß beim Beschwerdeführer im Tatzeitpunkt noch die absolute Unbescholtenheit gegeben war, hat die belangte Behörde bei der Strafbemessung ohnedies berücksichtigt. Von einem faktischen Tatsachengeständnis des Beschwerdeführers kann angesichts der in der Beschwerde (noch viel weniger im Verwaltungsstrafverfahren) vorgebrachten Bestreitungen jedenfalls keine Rede sein, sodaß die Berücksichtigung dieses Milderungsgrundes nicht in Frage kommt. Hinsichtlich der Behauptung, der Beschwerdeführer sei bemüht gewesen, Verwaltungsübertretungen hintanzuhalten, genügt es, auf die relativ große Zahl der (auch beim Verwaltungsgerichtshof) hinsichtlich Übertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gegen den Beschwerdeführer anhängig gewordenen Verwaltungsstrafverfahren zu verweisen. Des weiteren ist der Beschwerdeführer auch daran zu erinnnern, daß er in der Beschwerde selbst darlegt, er habe nach Vorliegen erhärterter Verdachtsmomente die Firma W. zur Fertigstellung (und nicht zur Einstellung) der begonnenen Arbeiten aufgefordert.

Der Argumentation der Beschwerde, bei der Strafbemessung wären die Bestimmung des§ 21 VStG sowie der Liquiditätsengpaß des Beschwerdeführers zu berücksichtigen gewesen, kann aus den in den hg. Erkenntnissen vom 30. August 1991, Zl. 91/09/0022, vom 30. Oktober 1991, Zl.91/09/0098, und vom 20. April 1995, Zlen.94/09/0377 und 0378 dargelegten Gründen (§ 43 Abs. 2 VwGG) nicht gefolgt werden.

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

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 und 48 Abs. 2 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Schlagworte

Erschwerende und mildernde Umstände Vorstrafen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1995:1994090395.X00

Im RIS seit

21.12.2001

Zuletzt aktualisiert am

12.05.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at