

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/3/21 94/09/0163

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.03.1995

## Index

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

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §28 Abs1 Z1;  
AVG §60;  
VStG §19 Abs1;  
VStG §19;  
VStG §24;  
VStG §44a Z1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn und Dr. Germ als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Leitner, über die Beschwerde des S in P, vertreten durch Dr. P, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 17. Mai 1994, Zl. Senat-MI-93-431, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit und Soziales), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften insoweit aufgehoben, als der Berufung des Beschwerdeführers in der Frage von Verwaltungsübertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz im Straf- und Kostenausspruch keine Folge gegeben wurde, sowie hinsichtlich der auf Verwaltungsübertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz bezogenen Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens; im übrigen wird die Beschwerde, soweit sie sich auf Verwaltungsübertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz bezieht, als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 13.040,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Vorauszuschicken ist, daß sich die vorliegende Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes auf die Beschwerde nur insoweit bezieht, als sie den Vorwurf von Verwaltungsübertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz

(AuslBG) betrifft. Hinsichtlich des nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) erhobenen Vorwurfes wird der dafür zuständige Senat 11 des Verwaltungsgerichtshofes gesondert entscheiden.

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Mistelbach vom 23. März 1993 wurde der Beschwerdeführer - soweit es das AuslBG betrifft - wie folgt bestraft:

"Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Tatzeit: 29. Oktober 1991

Tatort: P, S-Gasse 9

Tatbeschreibung

Sie haben es als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma M GesmbH mit dem Sitz in P, S-Gasse 9 in Ihrer Eigenschaft als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten, daß wie anlässlich einer am 29. Oktober 1991 durchgeführten Überprüfung der Baustelle in Wien 21. festgestellt wurde 1) folgende Ausländer als Arbeitnehmer bei Bau/Hilfsarbeiten beschäftigt wurden, obwohl Ihnen für diese Ausländer keine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden war, noch eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein vorlag: a) R, b) S, c) F, d) G, e) L, .....

Übertretungsnorm: 1) § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz in 5 Fällen .....

Strafnorm: 1) § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz in 5 Fällen .....

Über Sie wird folgende Geldstrafe verhängt: 1) a) bis

1) e) je S 30.000,- .....

Ersatzfreiheitsstrafe: 1) a) bis 1) e) je 30 Tage .....

Vorgeschriebener Kostenbeitrag: S 25.000,- ....."

In der Begründung dieses Bescheides wurde die Rechtfertigung des Beschwerdeführers wie folgt wiedergegeben:

Die angeführten ungarischen Staatsbürger seien zum Tatzeitpunkt Dienstnehmer der ungarischen Firma "M kft.", einer im Konzernverhältnis zur M Ges.m.b.H. stehenden Tochterfirma, mit Sitz in Budapest gewesen; wirtschaftlich und faktisch seien diese Arbeitnehmer von der M kft. abhängig gewesen. Daß die beschäftigten Ausländer aber in den Betriebsablauf der M Ges.m.b.H. integriert gewesen seien, habe sich sowohl aus den Erhebungen des Landesarbeitsamtes als auch aus der Zeugenaussage des Poliers J ergeben.

Die über den Beschwerdeführer verhängte Geldstrafe sei unter Berücksichtigung durchschnittlicher Einkommens- und Familienverhältnisse sowie dem Grad des Verschuldens entsprechend bemessen worden. Einen "besonderen Straferschwerisgrund" stelle das Vorliegen einer einschlägigen rechtskräftigen Vormerkung dar. Der Grad des Verschuldens des Beschwerdeführers sei als schwer zu bezeichnen, weil er nicht nur den besonders schutzwürdigen ausländischen Arbeitskräften, die über ihre Rechte und Pflichten oft nicht ausreichend informiert seien, durch seine Vorgangsweise Schaden zugefügt habe, sondern auch der österreichischen Wirtschaft durch die Beschäftigung sogenannter "Billigarbeitskräfte". Dieses Verhalten könne auch zu einem Wettbewerbsnachteil der sich an die österreichischen Rechtsnormen haltenden inländischen Firmen führen. Im Hinblick auf die vom Landesarbeitsamt als Partei geforderte Höchststrafe von S 240.000,- pro Beschäftigten erscheine die im Spruch festgesetzte Strafe von S 30.000,- pro Arbeitskraft jedenfalls gerechtfertigt. Außerdem solle diese Geldstrafe den Beschwerdeführer insbesondere in spezialpräventiver Hinsicht von der Begehung weiterer einschlägiger strafbarer Handlungen abhalten.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung, in der er behauptete, die ausländischen Arbeitnehmer seien auf Grund eines Werkvertrages zwischen der M kft. und der M Ges.m.b.H. beschäftigt worden; die M kft. habe im Tatzeitpunkt einen Betriebssitz im Inland gehabt; das AuslBG verlange weder eine Registrierung noch das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung; schließlich wendete sich der Beschwerdeführer gegen die Strafbemessung, die er auch unter Hinweis auf das Doppelverwertungsverbot als exzessiv hoch bezeichnete.

Die belangte Behörde holte im Berufungsverfahren eine Stellungnahme des Landesarbeitsamtes ein und hielt eine öffentliche mündliche Verhandlung am 29. März 1994 ab.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde hinsichtlich des AuslBG die Geldstrafe bestätigt, die Ersatzfreiheitsstrafe auf fünfmal 10 Tage reduziert; der Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens wurde (die Strafe nach dem AÜG wurde ebenfalls nicht herabgesetzt) mit S 50.000,-- festgesetzt.

Zur Begründung des angefochtenen Bescheides wird nach Wiedergabe des erstinstanzlichen Bescheides und der Berufung der Inhalt der öffentlichen mündlichen Verhandlung wie folgt dargestellt:

Der Beschwerdeführer habe ausgeführt, daß es sich bei der ungarischen Firma M kft. um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handle, er sei Gesellschafter dieser Firma, welche bis Mitte 1993 einen Betriebssitz in Österreich, nämlich in P gehabt habe. Es habe sich hiebei um zwei Büroräume gehandelt, die jeweils mit etwa 2 bis 3 Angestellten besetzt gewesen seien. Diese M kft. habe von ihm (nämlich von der M Ges.m.b.H.) Subunternehmeraufträge angenommen, zwischen der M Ges.m.b.H. und der M kft. seien bei Bedarf Werkverträge abgeschlossen worden; dies habe sich so abgespielt, daß die betreffende Baustelle von ihm oder sonst von einem Vertreter der M Ges.m.b.H. gemeinsam mit einem solchen der M kft. besichtigt worden sei, worauf seitens der M kft. ein Preisangebot vorgelegt worden sei. Der Werkvertrag sei dann in fast allen Fällen von ihm persönlich mit der M kft. abgeschlossen worden. Da es sich bei den von der M kft. zur Verfügung gestellten Arbeitern meist um Ungarn gehandelt habe, habe er in der Regel verlangt, daß auch ein Polier oder Vorarbeiter anwesend sei, der diesen Arbeitern Anweisungen in der ungarischen Sprache erteilen könne. Dieser Vorarbeiter oder Polier habe mindestens ein bis zweimal am Tag auf der Baustelle vorbeikommen sollen. Seitens der M kft. seien diese Werkverträge in der Mehrzahl der Fälle von Herrn K abgeschlossen worden, welcher Geschäftsführer dieser Ges.m.b.H. sei. Herr K wäre mindestens einmal in der Woche nach Österreich gekommen, wo er sich mit ihm getroffen habe und unter anderem die Werkverträge abgeschlossen worden seien. Vorher wären die jeweiligen Werkverträge mit anderen Angehörigen der M kft. vorbesprochen worden. Er könne ausschließen, daß er jemals mit sich selbst einen derartigen Werkvertrag abgeschlossen habe. Soweit er sich erinnern könne, habe er sich mit ca. 50 % an der ungarischen M kft. beteiligt, dies wäre etwa ein Betrag von S 86.000,-- gewesen. Die Räume der M kft. in P hätten sich in räumlicher Nähe zum Betrieb der M Ges.m.b.H. befunden, es wäre jedoch von beiden Firmen jeweils ein eigener Mietvertrag mit dem Bestandgeber abgeschlossen worden, für die M kft. hätte dies sicher Herr K als Organ dieser Firma gemacht.

Der als Zeuge befragte Erhebungsbeamte des Landesarbeitsamtes Wien habe angegeben, er hätte am 29. Oktober 1991 auf der Baustelle in Wien 21 eine Kontrolle durchgeführt. Anlässlich dieser Kontrolle habe er festgestellt, daß fünf ungarische Arbeitnehmer und auch einige österreichische Arbeitnehmer (er glaube etwa 3) dort beschäftigt gewesen seien. Von den ungarischen Arbeitnehmern seien die in Ablichtung im Akt befindlichen Bestätigungen betreffend ihre Zugehörigkeit zur Firma M kft. vorgelegt worden. Der Polier der Firma M, Herr J, habe angegeben, daß es sich bei diesen Arbeitnehmern um "seine Leute" handle, daß er sie beaufsichtige und ihnen Weisungen betreffend die durchzuführenden Arbeiten erteile. Er habe noch auf der Baustelle schriftliche Aufzeichnungen über die durchgeführte Kontrolle angefertigt und bei diesen Aufzeichnungen festgehalten, daß es sich seiner Meinung nach bei den ungarischen Arbeitnehmern um solche der Firma M Ges.m.b.H. handle. Er könne heute jedenfalls nicht mehr mit Sicherheit angeben, ob tatsächlich alle fünf ungarischen Arbeiter derartige Bestätigungen vorgewiesen hätten. Wenn im Akt nur von drei Arbeitern derartige Bestätigungen aufschienen, so hätten vermutlich auch nur drei der Ungarn diese Bestätigungen vorgelegt. Soweit er sich erinnern könne, seien die ungarischen Arbeiter gerade damit beschäftigt gewesen, die letzte Schicht beim Zuräumen einer Künette aufzubringen und diese festzustampfen. Für ihn sei eindeutig erkennbar gewesen, daß es sich bei dieser Baustelle lediglich um eine solche der M Ges.m.b.H. gehandelt habe. Es wäre auch nicht ersichtlich gewesen, daß die beiden ungarischen Arbeitnehmer einen gesonderten Tätigkeitsbereich gehabt hätten. Er könne sich deshalb so genau daran erinnern, weil er schon zahlreiche Kontrollen auf Baustellen der Firma M Ges.m.b.H. durchgeführt habe und dort überall derartige Verhältnisse gegeben gewesen wären. Er habe den Bauleiter nicht konkret gefragt, ob die ungarischen Arbeiter einen gesonderten Tätigkeitsbereich hätten. Im Gespräch sei ebenfalls nicht zwischen der Firma M Ges.m.b.H. und der Firma M kft. unterschieden worden; er habe auf der Baustelle jedoch sofort schriftliche Aufzeichnungen angefertigt, in denen diese Unterscheidung vorgenommen worden sei.

Der als Zeuge einvernommene J habe auf Befragen angegeben, er sei am 29. Oktober 1991 bei der Firma M Ges.m.b.H. beschäftigt gewesen und hätte an diesem Tag auf der Baustelle in Wien Floridsdorf als Polier gearbeitet. Die auf der Baustelle verwendeten Baumaschinen seien solche der Firma M Ges.m.b.H. gewesen. Das Material sei von den Wiener Gaswerken beigestellt worden, weil es sich bei dieser Baustelle um eine solche zur Errichtung einer Gasleitung

handelte. Die Beschaffung der benötigten Arbeitnehmer habe sich so abgespielt, daß er einige Tage vorher in der Firma M Ges.m.b.H. angerufen und dort mitgeteilt habe, wieviele Leute jeweils benötigt würden. Es seien daraufhin auch ungarische Arbeitnehmer auf die Baustelle geschickt worden, denen er jeweils Weisungen bezüglich der durchzuführenden Arbeiten erteilt habe. Einer dieser Ungarn habe etwas Deutsch gekonnt und habe dann seinen Landsleuten die auszuführenden Tätigkeiten erklärt. Es sei dies ein Polier gewesen, der seine Weisungen an die anderen ungarischen Arbeiter weitergegeben hätte. Ob diese ungarischen Arbeitnehmer von der Firma M Ges.m.b.H. oder der Firma M kft. beschäftigt gewesen seien, sei ihm jedenfalls nicht bekannt gewesen. Er könne sich nicht mehr daran erinnern, daß er bei der Kontrolle am 29. Oktober 1991 von einem Kontrollorgan des Landesarbeitsamtes Wien befragt worden wäre, für welche Firma die auf der Baustelle befindlichen Arbeiter tätig seien. Bezüglich der Arbeitszeit wären die ungarischen Arbeiter nicht von ihm, sondern von dem ungarischen Polier kontrolliert worden. Er könne auch bezüglich der Entlohnung der ungarischen Arbeiter keine Angaben machen.

Für die von den Ungarn durchgeführten Arbeiten seien jedenfalls keine Baumaschinen benötigt oder verwendet worden. Bezüglich der anderen auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer habe er Aufzeichnungen über deren Arbeitszeit angefertigt. Die ungarischen Arbeitnehmer wären jeweils zu unterschiedlichen Zeiten und auch teilweise zu anderen Zeiten als die übrigen Arbeitnehmer auf der Baustelle anwesend gewesen. Die ungarischen Arbeitnehmer wären lediglich mit dem Pölzen der Künette beschäftigt worden, während die übrigen Arbeitnehmer mit dem vorherigen Ausgraben und dem nachherigen Zuschütten der Künette beschäftigt worden seien. Er habe dem ungarischen Polier jeweils mitgeteilt, welche Arbeit von ihm und den anderen Ungarn konkret auszuführen sei; dieser habe dann eben seine Weisungen an seine Landsleute weitergegeben. Er habe dies nicht als Weisung eines Vorgesetzten betrachtet, Tatsache sei jedoch, daß er dem ungarischen Polier gesagt habe, was zu tun sei und daß er und seine Landsleute dies auch auszuführen gehabt hätten.

Der ebenfalls als Zeuge einvernommene W habe angegeben, er sei am 29. Oktober 1991 bei der Firma M Ges.m.b.H. als Bauleiter beschäftigt gewesen und habe als solcher auch die Baustelle Wien 21 betreut. Er habe dort die Bauaufsicht über die gesamte Baustelle geführt; da sich die Bauaufsicht auf mehrere Baustellen erstreckt habe, sei er nicht ständig und den ganzen Tag auf der genannten Baustelle anwesend gewesen. In seiner Abwesenheit habe ihn der Polier, Herr J vertreten, also die Bauaufsicht innegehabt und die Arbeitnehmer überwacht und diesen die jeweiligen Arbeiten zugewiesen. Dies habe auch für die ungarischen Arbeitnehmer gegolten, doch könne er nicht mehr genau sagen, wieviele Ungarn damals auf dieser Baustelle beschäftigt gewesen seien. Die Kontrollen seien in seiner Abwesenheit von Herrn J durchgeführt worden, welcher diese Baustelle ja praktisch geführt habe. Bezüglich der Bezahlung der ungarischen Arbeitnehmer könne er keine Angaben machen. Soweit er sich erinnern könne, seien manchmal Pölzungsarbeiten auch auf Werkvertragsbasis vergeben worden, ob dies auch im konkreten Fall so gewesen sei, könne er heute jedenfalls nicht mehr sagen. Im Hinblick auf die Vielzahl der von ihm betreuten Baustellen könne er in der Sache keine konkreteren Angaben mehr machen. Er sei damals nur etwa einmal pro Tag kurz auf die Baustelle gekommen, um den jeweiligen Baufortschritt und die ordnungsgemäße Führung der Baubücher zu kontrollieren. Wenn zusätzliche Arbeitnehmer benötigt worden seien, so sei er davon nicht immer informiert worden, sondern habe der Polier auch manchmal direkt sofort mit der Firma M in P Rücksprache gehalten und Arbeitnehmer angefordert. Die Existenz der Firma M kft. sowie der Umstand, daß an diese Firma seitens der Firma M Ges.m.b.H. Werkverträge vergeben worden seien, seien ihm bekannt gewesen. Ob dies im konkreten Fall ebenso gewesen sei, könne er aber nicht sagen. Er glaube zwar, daß auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle auch ungarische Arbeitnehmer beschäftigt worden seien; er könne dies aber heute nicht mehr mit Sicherheit bestätigen.

Abschließend habe der Beschwerdeführer noch Unterlagen vorgelegt, bei denen es sich seinen Angaben nach um einen zwischen der Firma M Ges.m.b.H. und der Firma M kft. abgeschlossenen Werkvertrag handelte. Die grün markierten Stellen auf diesem Vertrag hätten hiebei die verfahrensgegenständliche Baustelle bezeichnet.

Nach Wiedergabe der Rechtslage - soweit es das AuslBG betrifft - wird in der Begründung des angefochtenen Bescheides weiter ausgeführt:

Nach dem durchgeführten Beweisverfahren könne es als erwiesen angenommen werden, daß sämtliche der fünf auf der Baustelle angetroffenen ausländischen Staatsangehörigen - so wie vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bestätigt - in ihrem Heimatstaat Ungarn Dienstnehmer der Firma M kft. in Budapest seien. Dem übrigen Text der vom Rechtsvertreter ausgestellten Bestätigung, daß die Firma M Ges.m.b.H. mit Sitz in P zu der genannten ungarischen Firma in einem Konzernverhältnis gemäß § 115 des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (in

geltender Fassung) stünde, komme allerdings keine weitere Bedeutung zu, zumal die Frage, ob zwischen diesen beiden Unternehmen tatsächlich ein Konzern im Sinne des § 115 GmbH-Gesetz vorliege, eine Rechtsfrage darstelle, die nach Klärung der für einen Konzern nach § 115 GmbH-Gesetz wesentlichen Merkmale von der jeweils zuständigen Behörde zu lösen gewesen wäre.

Das Vorliegen eines derartigen Konzernverhältnisses müsse verneint werden, zumal sich der Beschwerdeführer an der ungarischen M kft. nur mit etwa 50 % und etwa S 86.000,-- beteiligt habe (laut eigenem Vorbringen), weshalb zwar von rechtlich selbständigen Unternehmen, jedoch nicht von einer einheitlichen Leitung der M kft. und der M Ges.m.b.H. ausgegangen werden könne; darüber hinaus habe auch keine Vereinigung der beiden Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken dargelegt werden können. Ebenso wenig habe die belangte Behörde dem Vorbringen abgewinnen können, daß die auf der Baustelle angetroffenen Ausländer nicht bei der M Ges.m.b.H. beschäftigt worden seien, sondern eben über einen Werkvertrag mit dem ungarischen Unternehmen M kft., welches zur Zeit der angelasteten Deliktsbegehung über einen Betriebssitz in Österreich verfügt haben solle, auf der Baustelle gewesen wären, zumal aus der Zeugenaussage des für die Baustelle zuständigen Poliers abzuleiten sei, daß die Beschäftigung der fünf genannten ungarischen Staatsangehörigen rechtlich keinen Werkvertrag darstellen könne. Es stünde einem Werkvertrag - wie der vernommene Polier angegeben habe - entgegen, daß den Arbeitern auf einer Baustelle zusätzlich Weisungen von dem für die Baustelle Verantwortlichen erteilt worden seien und dieser auch bestimmt habe, welche Tätigkeiten letzten Endes durchzuführen gewesen seien. Selbst dann, wenn die ungarischen Arbeitnehmer lediglich mit dem Pölzen der Künette beschäftigt gewesen wären, während die übrigen Arbeiter der M Ges.m.b.H. mit dem Ausgraben und späteren Zuschütten der Künette beschäftigt worden seien, könne von keinem "Werk" im Sinne eines Werkvertrages gesprochen werden, zumal es sich hierbei um einfache Hilfsarbeiten im Rahmen des gesamten Baufortschrittes, also des Aushubes und der darauffolgenden Zuschüttungs- und Verdichtungsarbeiten, gehandelt habe. Darüber hinaus sei der in Kopie vorgelegte Werkvertrag auch inhaltlich eher dürftig, weil elementare Bestandteile, die für einen Werkvertrag typisch seien, nur andeutungsweise bis nicht geregelt seien, so etwa die genaue Beschreibung des bedungenen Erfolges, die Rechte und Pflichten der Vertragspartner, Gewährleistung, Schadenersatz, Preisgefahr u.dgl. Durch die Integration dieser ausländischer Arbeiter in die eigene Arbeitsgruppe auf der Baustelle habe der Beschwerdeführer aber gegen § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG verstoßen, weil gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG selbst bei der Beschäftigung von überlassenen grenzüberschreitenden Arbeitskräften die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung erforderlich sei, was aber vom Beschwerdeführer nicht vorgenommen worden sei. Im Hinblick auf den Unrechtsgehalt der Übertretung nach dem AuslBG könne jedenfalls auf Basis der mit der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen für ausländische Arbeitskräfte im Zusammenhang stehenden arbeitsmarktpolitischen, gesamtwirtschaftlichen und öffentlichen Interessen grundsätzlich nicht von einem geringfügigen Verstoß gegen das AuslBG gesprochen werden. So dürften Beschäftigungsbewilligungen von Arbeitsämtern nur dann erteilt werden, wenn Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften zuließen und keine inländischen Arbeitskräfte (Ersatzkräfte) zur Verfügung stünden. Gesamtwirtschaftliche Interessen stünden der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen dann entgegen, wenn durch die damit verbundene Vermehrung des Arbeitskräftepotentials die Entstehung von Lohndumping oder Niedriglohnbranchen zu befürchten sei bzw. wenn die Gefahr einer wachstumshemmenden Behinderung der Umschichtung im Sinne einer ständig höheren Qualifizierung des eigenen inländischen Arbeitskräftepotentials bestehe. Wichtige öffentliche Interessen würden bei der Beschäftigung von Ausländern ohne entsprechende Bewilligung dadurch verletzt, daß zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechtes, des Arbeitnehmerschutzes und des Sozialrechtes umgangen würden, sowie darüber hinaus noch die Gefahr weiterer Verstöße gegen inländische Rechtsvorschriften bestehe. Aus diesen Gründen sowie im Hinblick auf den Umstand, daß der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses bereits eine einschlägige rechtskräftige Vormerkung nach dem AuslBG aufgewiesen habe, sei in Anbetracht des für die angelastete Verwaltungsübertretung von S 20.000,-- bis S 240.000,-- je unberechtigt beschäftigten Ausländer variierenden Strafrahmens die von der Erstbehörde verhängte Geldstrafe a S 30.000,-- pro unberechtigt beschäftigtem Ausländer dem Verschulden des Beschwerdeführers an der gegenständlichen Übertretung durchaus angemessen. Damit seien auch seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse entsprechend (seinen eigenen Angaben) berücksichtigt worden, weshalb die Verhängung einer Geldstrafe in diesem Ausmaß von der belangten Behörde zu bestätigen gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der kostenpflichtige Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verfahrens vorgelegt, eine Gegenschrift erstattet und kostenpflichtige Abweisung beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG in der Fassung gemäß BGBl. Nr. 450/1990 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.

Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind nach § 2 Abs. 3 AuslBG

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 AÜG.

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 erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht gemäß § 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 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,--, 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,--.

In seinem gegen die Bestrafung nach dem AuslBG gerichteten Vorbringen sieht sich der Beschwerdeführer durch Verneinung des Vorliegens eines Werkvertrages beschwert. Er habe dargelegt, daß zwischen der M Ges.m.b.H. und der M kft. ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. Aus der "Vertragsurkunde vom 26. 6. 1991" ergebe sich, daß bei der M kft. "u.a. 300 lfm Pölzungen" bestellt worden seien. Die belangte Behörde habe das Vorliegen eines Werkvertrages verneint, sie sei aber davon ausgegangen, daß die Arbeitnehmer bei der M kft. beschäftigt gewesen seien. Das Rechtsverhältnis zwischen der M Ges.m.b.H. und der M kft. werde von der belangten Behörde offensichtlich als "Dienstverschaffungsvertrag" beurteilt. Im Dienstverschaffungsvertrag verspreche der Überlasser dem Beschäftiger, Arbeitskräfte für bestimmte Tätigkeiten auf Zeit zur Verfügung zu stellen. Dem Beschäftiger solle kein bestimmter Arbeitserfolg garantiert werden. Der Überlasser von Arbeitskräften hafte nicht für schlechte Arbeitsleistungen der verschafften Dienstnehmer. Er habe nur für ihre durchschnittliche berufliche und fachliche Qualifikation und für ihre Arbeitsbereitschaft einzustehen. Zum Rechtsverhältnis zwischen M kft. und M Ges.m.b.H. habe die Behörde praktisch keine Feststellungen getroffen. Feststehe nur, daß die M kft. verpflichtet gewesen sei, für die M Ges.m.b.H. 300 lfm Pölzungen zu errichten. Es sei also ein bestimmter Erfolg geschuldet worden. Damit liege aber ein klarer Hinweis auf einen Werkvertrag vor. Daß die Arbeitszeit der Ungarn nicht von der M Ges.m.b.H. kontrolliert worden sei und sie zu unterschiedlichen und teilweise auch anderen Zeiten als die M Ges.m.b.H. tätig gewesen sei, seien klare Indizien für einen Werkvertrag. Andererseits habe das Verfahren keine Anzeichen für einen Dienstverschaffungsvertrag ergeben. Es habe nicht festgestellt werden können, daß die Arbeitnehmer etwa für einen bestimmten Zeitraum tätig gewesen seien. Es seien keine Anhaltspunkte dafür vorgelegen, daß andere Dienstleistungen erbracht worden seien. Nichts spreche dafür, daß die M Ges.m.b.H. der M kft. nicht für den vereinbarten Erfolg gehaftet habe. Die Tatsache, daß die Arbeitnehmer Anweisungen des für die Baustelle zuständigen Mitarbeiters der M Ges.m.b.H. entgegenzunehmen gehabt hätten, sei eine Folge von Sachzwängen. Art und Umfang des geschuldeten Werkes seien bei Vertragsabschluß

aus technischen Gründen nur im groben Umfang festgestanden. Die einzelnen Details hätten der M kft. - und damit naheliegenderweise den tatsächlich auf der Baustelle tätigen Personen - mitgeteilt werden müssen. Dieser Umstand sei aber kein ausreichender Hinweis auf einen Dienstverschaffungsvertrag.

Dieses hinsichtlich der Bestimmungen nach dem AuslBG zum einen gegen die Beweiswürdigung, zum anderen gegen die rechtliche Wertung des Werkvertrages gerichtete Vorbringen kann der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unterliegt die Beweiswürdigung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nur in der Richtung, ob der Sachverhalt genügend erhoben wurde und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig waren, d.h., ob sie den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechen (ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vgl. beispielsweise Erkenntnisse vom 24. Mai 1974, Slg. N. F. Nr. 8619/A, vom 16. Oktober 1985, Zl. 84/09/0141, und die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>3</sup>, S. 548 ff wiedergegebene Rechtsprechung).

Diesen Anforderungen wird der angefochtene Bescheid gerecht. Zutreffend führt die belangte Behörde aus, daß sich im gesamten Verfahren insbesondere unter Berücksichtigung der Aussage des Poliers kein Hinweis ergeben hat, daß die ausländischen Arbeitskräfte selbständig eingesetzt gewesen wären. Die belangte Behörde hat weiters das Fehlen wesentlicher Werkvertragsbestandteile zu Recht aufgezeigt und auf die rechtliche Unmöglichkeit des Abschlusses eines Werkvertrages über einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, also kein selbständiges Werk darstellen können, hingewiesen. Die vom Beschwerdeführer behauptete Rechtsverletzung liegt daher nicht vor.

Der Beschwerdeführer wendet sich weiters allgemein gegen die Strafbemessung.

Diesem Vorbringen kommt aus folgenden Überlegungen Berechtigung zu: Die Behörde erster Instanz hat im Rahmen ihrer Strafbemessung "das Vorliegen einer einschlägigen rechtskräftigen Vormerkung" als "besonderen Siferschwernisgrund" gewertet und die Strafe ohne Feststellung der persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers mit S 30.000,- pro Fall, also jedenfalls nicht unbeträchtlich über der Mindeststrafe, festgesetzt. Die belangte Behörde hat die Entscheidung der Behörde erster Instanz im wesentlichen unter Hinweis auf den Unrechtsgehalt (mit näheren Ausführungen) und die einschlägige Vormerkung nach dem AuslBG sowie die "Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse" (nach angeblich eigenen Angaben des Beschwerdeführers) bestätigt.

Auch bei der Strafbemessung obliegt es der Behörde gemäß § 60 AVG in Verbindung mit § 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 (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 31. Jänner 1979, Slg. N. F. Nr. 9755/A). Ein Tatbestandsmerkmal darf bei der Strafbemessung weder als erschwerender noch als mildernder Umstand gewertet werden (sogenanntes Doppelverwertungsverbot - vgl. beispielsweise Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. Mai 1955, Slg. N. F. Nr. 3743/A oder verstärkter Senat vom 13. Mai 1959, Slg. N. F. Nr. 4969/A).

Diesen Erfordernissen wird die Strafbemessung vorliegendenfalls nicht gerecht. Die Behörde erster Instanz hat sowohl entscheidende Feststellungen über die Verhältnisse des Beschwerdeführers unterlassen als auch dadurch, daß sie die "einschlägige Vormerkung nach dem AuslBG", die im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG ein strafsatzqualifizierendes Tatbestandsmerkmal darstellt, in die Strafbemessung zusätzlich miteinbezogen hat, gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen. Die belangte Behörde hat die Strafhöhe bestätigt, ohne zur Frage der aufgezeigten Doppelverwertung Stellung zu nehmen und ohne bescheidmäßige Feststellungen hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers zu treffen. Was den Hinweis auf die diesbezüglichen angeblich eigenen Angaben des Beschwerdeführers betrifft, finden sich solche weder im Protokoll über die mündliche Verhandlung noch sonst in den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens. Dem Verwaltungsgerichtshof war daher diesfalls die ihm zukommende nachprüfende Kontrolle verwehrt.

Zu prüfen wird überdies sein, welcher Strafsatz im Beschwerdefall anzuwenden ist, weil ein Wiederholungsfall im Sinne des vierten Strafsatzes des § 28 Abs. 1 AuslBG nur dann vorliegt, wenn auch die Vorstrafe die unberechtigte

Beschäftigung von MEHR ALS DREI Ausländern betroffen hat (vgl. dazu Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Juli 1992, Zl. 92/09/0052).

Der angefochtene Bescheid war daher, insoweit er sich auf die Strafbemessung nach dem AuslBG bezieht, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG aufzuheben. Diese Aufhebung zog notwendigerweise die Aufhebung insoweit nach sich, als die belangte Behörde mit der Strafhöhe auch die Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens bestätigte und demgemäß auch über die Kosten des Berufungsverfahrens gemäß § 64 Abs. 2 VStG auf der Basis dieser Strafhöhe entschieden hat. Auch an dieser Stelle sei aber nochmals daran erinnert, daß die vorliegende Entscheidung hinsichtlich Strafe und Verfahrenskosten den angefochtenen Bescheid nur in der Frage des Vorliegens von Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG erfaßt.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

"Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatbild Beschreibung (siehe auch Umfang der Konkretisierung) Erschwerende und mildernde Umstände Allgemein Erschwerende und mildernde Umstände Vorstrafen

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

ECLI:AT:VWGH:1995:1994090163.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

08.02.2010

**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)