

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/11/17 2001/09/0074

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.11.2004

## Index

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

## Norm

ABGB §186;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;  
AuslBG §3 Abs1;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
AVG §49 Abs1;  
VStG §24;  
VStG §51g Abs3 Z1;  
VStG §51i;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des R in W, vertreten durch Dr. Edgar Kollmann, Rechtsanwalt in 1160 Wien, Ottakringer Straße 57, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 20. April 1999 (schriftliche Ausfertigung vom 28. Dezember 2000), GZ: UVS-07/A/23/147/1998/22, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.  
Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien (Magistratisches Bezirksamt für den 16. Bezirk) vom 27. November 1997 wurde der Beschwerdeführer für schuldig befunden, er habe es als Betriebsinhaber des R-Service mit Sitz in W, D-Gasse, zu verantworten, dass dieses Unternehmen als Arbeitgeberin am 4. Juni 1996 in W, D-Gasse,



veranlasst habe, dass in N, N-Straße, im Nebengebäude an der nördlichen Grundstückseite sowie hinter dem Nebengebäude auf einem unbebauten Grund 23 namentlich genannte polnische Staatsbürger als Hilfsarbeiter mit der Verpackung und Verarbeitung von Drucksorten beschäftigt worden seien, obwohl für diese Ausländer vom zuständigen Landesarbeitsamt weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei noch diese eine gültige Arbeitserlaubnis oder einen gültigen Befreiungsschein besessen haben. Wegen der Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 AuslBG wurden über ihn gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 dritter Strafsatz i.V.m.

§ 28 Abs. 6 leg. cit. 23 Geldstrafen zu je S 60.000,-- (23 Ersatzfreiheitsstrafen zu je fünf Tagen) verhängt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Beginn der Tatumschreibung im Spruch wie folgt zu lauten habe: "Sie haben als Arbeitgeber (Inhaber des Unternehmens in W, D-Gasse) zu verantworten, dass am 4. Juni 1996 in N, N-Gasse, ...". Der Berufung wurde jedoch insofern Folge gegeben, als die 23 Geldstrafen von je S 60.000,-- auf je S 25.000,-- und die für den Fall der Uneinbringlichkeit verhängten 23 Ersatzfreiheitsstrafen von je fünf Tagen auf je zwei Tage herabgesetzt wurden. Begründend führte die belange Behörde nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung am 20. April 1999 im Wesentlichen aus, dass sie es als erwiesen angenommen habe, dass nach der Zeugenaussage des P, Abteilungsleiter der G GmbH für Versand und Expedit, auf den Rechnungen für die geleisteten Arbeiten als Absender immer die Firma R-Service aufgeschienen sei. Geschäftliche Ansprechpartnerin sei die (in der Zwischenzeit verstorbene) BD gewesen. Sämtliche Rechnungen seien von der R-Service erstellt worden. Auch seien die Kassaausgangsbelege der G GmbH nach Erinnerung des Zeugen P sowohl von KD, von BD, FD als auch vom Beschwerdeführer unterschrieben worden. Die Verträge mit den Buchbindereien und Druckereien, welche von der Firma ZK GmbH in der Folge ausgeführt worden seien, seien laut eigenen Angaben des Beschwerdeführers von ihm abgeschlossen und auch abgerechnet worden. Er habe die Aufträge akquiriert und nach Beendigung die Abrechnung durchgeführt.

Nach einem vom Vertreter des Arbeitsinspektorates in der Verhandlung vorgelegten Hauptverbandsauszug aus der Versicherungsdatei bei der Wiener Gebietskrankenkassa mit Stand vom 18. Februar 1998 sei der Beschwerdeführer durchgehend vom 7. Jänner 1991 bis zum Datum der Abfrage als Dienstgeber der BD aufgeschienen. Auf Grund dieses Beweisergebnisses habe daher im Sinne des vorzitierten Vorbringens des Vertreters des Arbeitsinspektorates davon ausgegangen werden können, dass sämtliches organisatorisches Handling durch BD als Dienstnehmerin des Beschwerdeführers durchgeführt worden sei und der "Rahmenvertrag" vom 16. Jänner 1994 - wie auch vom Vertreter des Beschwerdeführers in seinen Schlussausführungen dargelegt worden sei - im Kern ein Auftragsvermittlungsvertrag gewesen sei ("Beschaffung und Zurverfügungstellung von Aufträgen zur Weiterverarbeitung aller Art" durch die R-Service) und es sich dabei keinesfalls um einen Subvertrag gehandelt habe.

Aus dem Umstand, dass der wirtschaftliche Vorteil dem Beschwerdeführer zugekommen sei, habe sich ergeben, dass eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorgelegen habe.

Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens, insbesondere auch der glaubwürdigen, schlüssigen und nachvollziehbaren Aussage des Zeugen P, habe somit als erwiesen angesehen werden müssen, dass jedenfalls der wirtschaftliche Vorteil der verfahrensgegenständlichen illegalen Ausländerbeschäftigung dem Beschwerdeführer zugute gekommen sei. Die Durchführung der weiteren beantragten Beweise habe im Hinblick darauf, dass der Sachverhalt hinreichend geklärt worden sei, unterbleiben können. Diesbezüglich führte die belangte Behörde näher aus, dass der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 13. April 1999 den Antrag auf Vernehmung von KD und FD als Zeugen gestellt habe. Laut Auskunft der Bundespolizeidirektion Wiener Neustadt vom 14. April 1999 sei KD nach Polen verzogen und lägen über die Gesuchte "keine Daten für eine Meldeauskunft" vor. Dem Beweisantrag bezüglich FD sei deshalb nicht nachgekommen worden, da dieser im Verfahren vor der belangten Behörde betreffend die Beschuldigte KD eine Zeugenaussage mit der Begründung verweigert habe, dass der Magistrat der Stadt Wiener Neustadt gegen ihn wegen des Verstoßes gegen das AuslBG ein Verfahren eingeleitet habe. Überdies habe er mit KD zusammen im Familienverband gewohnt, weshalb ihm auch der Status eines Pflegeelternteils im Sinne des § 49 Abs. 1 AVG zukomme.

Auf Grund des festgestellten Sachverhaltes sei von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes und - da es sich im vorliegenden Fall um Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG gehandelt habe und der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht habe, dass ihn an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe - auch



vom Vorliegen der subjektiven Tatseite der zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen auszugehen gewesen.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der Beschwerdeführer laut seinen eigenen Angaben kein Vermögen habe, monatlich netto ca. S 12.000,-- zuzüglich S 6.000,-- Spesenersatz verdiene und ihn keine Sorgepflichten trafen. Seine wirtschaftlichen Verhältnisse seien demnach als ungünstig einzustufen gewesen. Die Strafen hätten daher im Hinblick auf die ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers und unter hinreichender Berücksichtigung des Milderungsgrundes der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit spruchgemäß herabgesetzt werden können. Eine außerordentliche Strafmilderung im Sinne des § 20 VStG sei mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht in Betracht gekommen. Die Spruchänderung sei erforderlich gewesen, da es sich bei der R-Service nicht um eine protokollierte Einzelfirma gehandelt habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, zunächst beim Verfassungsgerichtshof erhobene und von diesem mit Beschluss vom 14. März 2001, B 362/01-3, abgelehnte und mit weiterem Beschluss vom 6. April 2001, B 362/01-5, dem Verwaltungsgerichtshof abgetretene Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte unter Abstandnahme von der Einbringung einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die hier anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 i. d.F. BGBl. Nr. 895/1995 lauten wie folgt:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. ...

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern

die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der

Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

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

...

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. ...

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

...

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer



a) entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde,

...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafen von 10 000 S bis zu 60 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20 000 S bis zu 120 000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20 000 S bis zu 120 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40 000 S bis zu 240 000 S;

..."

Der Beschwerdeführer erblickt eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darin, dass die belangte Behörde die seiner Ansicht nach eingetretene Verfolgungsverjährung nicht berücksichtigt habe. Diesem Vorbringen kommt jedoch keine Berechtigung zu. Wie die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zutreffend ausgeführt hat, endete die im vorliegenden Fall einjährige Verfolgungsverjährungsfrist - nachdem die angelastete Tat am 4. Juni 1996 begangen worden sei - am 4. Juni 1997. Mit der ersten Verfolgungshandlung, nämlich der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 27. Mai 1997 - diese Aufforderung wurde laut Rückschein durch Hinterlegung am 2. Juni 1997 zugestellt -, war sohin die einjährige Verfolgungsverjährungsfrist gemäß § 31 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 AuslBG gewahrt.

Auch die Strafbarkeitsverjährung gemäß § 31 Abs. 3 VStG ist nicht eingetreten, da diese voraussetzt, dass das Straferkenntnis bzw. die dieses bestätigende Berufungsentscheidung erst nach Ablauf von drei Jahren, gerechnet ab dem in Abs. 2 leg. cit. genannten Zeitpunkt (Tatzeit), erlassen wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 1993, ZI. 93/03/0086, 0087). Da nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. September 1993, ZI. 93/02/0158) die bei der mündlichen Berufungsverhandlung vor der belangten Behörde, zu der die Parteien ordnungsgemäß geladen wurden, erfolgte Verkündung des Berufungsbescheides die Wirkung seiner Erlassung hat, und im vorliegenden Fall der angefochtene Bescheid am 20. April 1999 mündlich verkündet wurde, ist auch die Strafbarkeitsverjährung gemäß § 31 Abs. 3 VStG nicht eingetreten.

Der Beschwerdeführer rügt, dass die belangte Behörde es unterlassen habe, die von ihm stellig gemachten und beantragten Zeugen anzuhören. Diese Zeugen seien in keinem Rechtsverhältnis zu ihm gestanden und hätten diese im Vorverfahren angegeben, von FD und nicht vom Beschwerdeführer angestellt worden zu sein.

Unbestrittener Weise hat der Beschwerdeführer - wie die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid auch ausführte - mit Schriftsatz vom 13. April 1999 unter anderem auch den Antrag auf Vernehmung von KD und FD als Zeugen in der Berufungsverhandlung vor der belangten Behörde gestellt. Die belangte Behörde hat jedoch trotz dieses Beweisantrages von der Vernehmung der beiden Zeugen KD und FD abgesehen.

Hinsichtlich der Zeugin KD mit der Begründung, dass diese Zeugin laut Auskunft der Bundespolizeidirektion Wiener Neustadt, Abteilung III Meldeamt, vom 14. April 1999 nach Polen verzogen sei und über die Gesuchte keine Daten für eine Meldeauskunft vorlägen. Dem steht jedoch entgegen, dass die Zeugin KD laut Aktenvermerk vom 7. Oktober 1998 (Seite 78 verso des Aktes der belangten Behörde) persönlich bei der belangten Behörde erschienen ist, die Abberaumung der ursprünglich für diesen Tag anberaumten Verhandlung zur Kenntnis genommen und für eine etwaige neuerliche Ladung um Zustellung an eine von ihr näher angegebene Adresse in Polen ersucht hat, da sie sich vor allem dort aufhalten würde. Sodann findet sich in den Verwaltungsakten der belangten Behörde ein weiterer Aktenvermerk vom 8. April 1999, nach welchem der Beschwerdeführervertreter Akteneinsicht genommen und darauf hingewiesen habe, dass die seiner Meinung nach für das gegenständliche Verfahren sehr wesentliche Zeugin KD von der belangten Behörde mehrmals erfolglos an der näher bezeichneten Adresse N-Straße in N geladen worden sei, obwohl "sie selbst nicht nur eine Adresse in Polen (s. va. ha. AV v. 7. 10. 1998), sondern auch im Schreiben vom 4. 10. 1996 (Blatt 60 des erstinstanzlichen Aktes) die Postadresse N, R-Straße bekannt gegeben" hätte. Auch in dem oben bereits genannten Beweisantrag des Beschwerdeführers vom 13. April 1999 hat dieser neuerlich um Ladung der Zeugin KD an der polnischen Adresse ersucht.

Die belangte Behörde hat der Zeugin KD eine Ladung für die mündliche Berufungsverhandlung am 20. April 1999 jedoch nur an die R-Gasse in N zugesendet. Nachdem diese mit dem Vermerk "Frau D befindet sich laut Auskunft der



Vermieterin auf unbestimmter Zeit in Polen" an die belangte Behörde retourniert worden war, hat sie es unterlassen, eine Ladung an der ihr bekannt gegebenen Adresse in Polen vorzunehmen. Auch wenn die Bundespolizeidirektion Wiener Neustadt, Abteilung III Meldeamt, in ihrer Meldeauskunft ausgeführt hat, dass KD nach Polen verzogen sei und über die Gesuchte keine Daten für eine Meldeauskunft vorlägen, hätte es die belangte Behörde angesichts der von der Zeugin selbst angegebenen Adresse, auf die auch der Beschwerdeführervertreter mehrmals hingewiesen hat, nicht unterlassen dürfen, eine Ladung an dieser ihr bekannt gegebenen Adresse in Polen vorzunehmen, um den Versuch zu unternehmen, auf geeignete Weise mit der beantragen Zeugin im Ausland in Kontakt zu treten, um ihre grundsätzlich gemäß § 51i VStG gebotene unmittelbare Aussage vor dem unabhängigen Verwaltungssenat zu ermöglichen oder zumindest eine schriftliche Erklärung der Zeugin zu erwirken (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2001/09/0119, m.w.N.). Die belangte Behörde hat auch nicht festgestellt, dass die beantragte Zeugin - ungeachtet ihres Aufenthaltes im Ausland - nicht in der Lage oder nicht bereit gewesen wäre, vor der belangten Behörde zu erscheinen oder eine schriftliche Äußerung abzugeben.

Hinsichtlich des beantragten Zeugen FD führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid aus, dessen beantragter Einvernahme sei nicht nachgekommen worden, weil dieser im Verfahren vor der belangten Behörde betreffend KD eine Zeugenaussage mit der Begründung verweigert habe, dass der Magistrat der Stadt Wiener Neustadt gegen ihn ein Verfahren wegen Verstoßes gegen das AuslBG eingeleitet habe und er überdies mit KD zusammen im Familienverband gewohnt habe, weshalb ihm auch der Status eines Pflegeelternteils im Sinne des § 49 Abs. 1 AVG zugekommen sei. Diese Begründung ist nicht geeignet darzulegen, weshalb von der Ladung eines Zeugen Abstand genommen wird, dessen Aussagen relevant sein und zu einem anderen Ergebnis führen können, zumal auch die Möglichkeit, dass ein Zeuge die Aussage gemäß § 49 Abs. 1 AVG verweigern darf, die Behörde nicht von dem Versuch entbindet, seine Aussage zu erwirken.

Wenn auch die Aussagen des Zeugen P durchaus glaubwürdig, schlüssig und nachvollziehbar sein mögen, und auch vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer nach seinen eigenen Angaben die Aufträge akquiriert und nach deren Beendigung die Abrechnung durchgeführt hat, so wären die Aussagen der beantragten Zeugen doch hinsichtlich der näheren Umstände einerseits betreffend die Zurechnung der polnischen Arbeiter zum Beschwerdeführer, andererseits betreffend die Auftragserfüllung durch die ZK GmbH relevant gewesen.

Da nicht auszuschließen ist, dass die belangte Behörde bei Vermeidung des angeführten Verfahrensfehlers zu einem anderen, für den Beschwerdeführer günstigeren Bescheid gekommen wäre, leidet dieser unter Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften und war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 17. November 2004

#### **Schlagworte**

Beweismittel Zeugenbeweis Ermittlungsverfahren Allgemein Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweismittel  
Zeugenbeweis

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

ECLI:AT:VWGH:2004:2001090074.X00

#### **Im RIS seit**

31.12.2004

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