

# TE Vwgh Erkenntnis 1998/1/21 96/09/0045

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.01.1998

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

### Norm

AVG §19 Abs3;

VStG §51e Abs1;

VStG §51f Abs2;

### Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 96/09/0123

### Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Loibl, über die Beschwerden der Dipl.-Ing. Mija S in E, vertreten durch Dr. Fritz Starnberg, Rechtsanwalt in Graz, Steirergasse 137, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 19. Dezember 1995, Zl. UVS 303.12-4/95-30 (protokolliert zur hg. Zl. 96/09/0045) und vom 26. Februar 1996, Zl. UVS 303.12-2/95-34 (protokolliert zur hg. Zl. 96/09/0123), jeweils betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales), zu Recht erkannt:

### Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von je S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### Begründung

I.

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Leibnitz vom 5. Juli 1994 wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma M Gesellschaft mbH in E folgende ausländische Arbeitnehmer ohne Beschäftigungsbewilligung, Befreiungsschein bzw. Arbeitserlaubnis als Steinmetz bzw. Helfer auf der Baustelle der U-Bau in Wien 23., L-Gasse 25, um einen Stundenlohn von

S 70,-- beschäftigt zu haben:

1.

P J vom 12.4. bis 2.6.1993,

2.

P Jo vom 31.5. bis 18.7.1993,

3.

B F vom 3.5. bis 16.7.1993,

4.

L D vom 3.5. bis 18.6.1992,

5.

V I vom 21.6. bis 29.6.1993,

6.

V M vom 21.6. bis 28.6.1993,

7.

G B vom 12.4. bis 18.7.1993, und

8.

H S vom 12.4. bis 16.7.1993.

Die Beschwerdeführerin wurde gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AusBG hiefür mit einer Geldstrafe von je S 60.000,-- insgesamt S 480.000,-- plus Kostenersatz, verurteilt. Begründend hatte die Behörde erster Instanz ausgeführt, der spruchgegenständliche Sachverhalt stütze sich auf die Anzeige des Landesarbeitsamtes Steiermark vom 8. März 1994 und die auf der Baustelle vorgefundenen Unterlagen, wie Stundenlisten, Bautagebucheintragungen, Auszahlungslisten sowie Auftragsschreiben der U-Bau an die Firma M GesmbH. Einer Ladung vom 18. Mai 1994 für den 22. Juni 1994 (richtig: 21. Juni 1994) habe die Beschwerdeführerin ohne Angabe von Gründen keine Folge geleistet, sie habe daher von der Möglichkeit, zu den ihr laut Gendarmeriebericht und Ladungsbescheid angelasteten Vorwürfen Stellung zu nehmen, keinen Gebrauch gemacht.

In der gegen diesen Bescheid gerichteten Berufung bestritt die Beschwerdeführerin die dem Straferkenntnis zugrundeliegenden Sachverhaltsfeststellungen und brachte ihrerseits vor, tatsächlich habe die Firma M GesmbH zwei slowenische Firmen, nämlich die Firma S d.o.o. Maribor und die Firma K in C in Slowenien mit einem Subunternehmerauftrag betreffend die Baustelle der U-Bau in Wien 23., L-Gasse 25, betraut. Sämtliche im Straferkenntnis angeführten ausländischen Arbeitskräfte seien Dienstnehmer der oben genannten slowenischen Firmen gewesen. Auf Grund der engen Zusammenarbeit der Firma M GesmbH mit den Subunternehmerfirmen S d.o.o. Maribor und K hätten sich in den Geschäftsräumlichkeiten der Firma M GesmbH auch Projektsunterlagen befunden, die von den Firmen S d.o.o. Maribor und K, in gleicher Form geführt worden seien, um die Leistungserfassung und Verrechnung durch diese Unternehmer in gleicher Weise übersichtlich zu gestalten wie dies bei der Firma M GesmbH durchgeführt werde. Diese Unterlagen hätten sich zufällig in den Firmenräumlichkeiten der Firma M GesmbH befunden. Die Behörde habe auch die schriftlich übermittelte Bitte der Beschwerdeführerin, ihr einen neuen Ladungstermin bekanntzugeben, ignoriert. Die Behörde habe das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 23. Juni 1994 völlig außer Acht gelassen und damit gegen die Bestimmung des § 41 Abs. 3 VStG (Anhörung der Beschuldigten) mißachtet. Infolgedessen entsprächen auch die von der Behörde erster Instanz angenommenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse, die der Bemessung der Geldstrafe zugrundegelegt worden seien, nicht den Tatsachen. Im Hinblick auf die erstmalige Übertretung nach den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch die Firma M GesmbH hätte daher auch die Behörde erster Instanz mit einer Ermahnung das Auslangen finden müssen.

Mit dem erstangefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung teilweise Folge, stellte hinsichtlich des Ausländer nach Punkt 8 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses (Sassa H) das Verfahren nach § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein, wies die Berufung zu Punkt 7 des Straferkenntnisses (betreffend B G) zur Gänze ab und die Berufung in den

verbleibenden Punkten 1 bis 6 (betrifft die Beschäftigung von J P, Jo P, F B, D L, I V und M V), dem Grunde nach ab, reduzierte jedoch die verhängten Strafen wie folgt:

1.

J P S 30.000,-- (Ersatzarrest 3 Tage),

2.

Jo P S 30.000,-- (Ersatzarrest 3 Tage),

3.

F B S 40.000,-- (Ersatzarrest 4 Tage),

4.

D L S 30.000,-- (Ersatzarrest 3 Tage),

5.

I V S 10.000,-- (Ersatzarrest 2 Tage), und

6.

M V S 10.000,-- (Ersatzarrest 2 Tage).

In der Begründung des erstangefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde im wesentlichen dazu aus, die Beschwerdeführerin sei zur Tatzeit Gesellschafterin und handelsrechtliche Geschäftsführerin der M Gesellschaft mbH in E gewesen, weiterer Gesellschafter sei u.a. auch Dipl.-Ing. Wolfgang D gewesen. Die Beschwerdeführerin sei jedoch auch zu 25 % an der Firma S d.o.o. mit Sitz in Maribor,

Dipl.-Ing. Wolfgang D mit einem Mehrheitsanteil von 75 % an derselben Gesellschaft beteiligt. Ausgehend von der in der Berufung enthaltenen Verantwortung der Beschwerdeführerin zu den ihr gegenüber erhobenen Strafvorwürfen sei zu prüfen gewesen, ob es sich bei den "Subunternehmerverträgen" um echte Werkverträge oder lediglich um solche, deren Erfüllung im Sinn des § 4 Abs. 1 und 2 AÜG im Wege der Arbeitskräfteüberlassung stattfinde, gehandelt habe. Als "Subunternehmervertrag" der Firma M Gesellschaft mbH in (im folgenden M & G) mit der Firma K sei lediglich ein Vertrag vorgelegt worden, der im Punkt 1 zweiter Satz die Bestimmung enthalte: "Art und Umfang der Arbeiten ergeben sich aus den technischen Beschreibungen, welche als Beilage zu dem gegenständlichen Vertrag einen integrierenden Bestandteil des gegenständlichen Vertrages bilden." Trotz Aufforderung seien keine Detailverträge vorgelegt worden. Der Vertrag ohne Datum, an dessen Erstellung in deutscher Fassung Dipl.-Ing. D mitgewirkt habe, und der von ihm und der Beschwerdeführerin, seitens der Firma K von Herrn B unterschrieben worden sei, sei nach seinen sieben Punkten umfassenden Bestimmungen ein bloßer Rahmenvertrag, der auf die Baustelle in Wien 23, L-Gasse, keinen Bezug nehme. Der Subunternehmervertrag Nr. 8/93 mit der Firma S umfasse 15 Punkte und beziehe sich ausdrücklich auf das Projekt L-Gasse in Wien 23., allerdings bestimme Punkt 2, daß die Aufträge auf Grund von Offerten abgewickelt würden, die jedoch von der Beschwerdeführerin nicht vorgelegt worden seien. Es lasse sich auch mit Sicherheit nicht sagen, ob der Vertrag seitens der Firma S überhaupt eine Unterschrift aufweise, da das Telefax zwar deutlich die Firmenstampiglie zeige, sich jedoch eine Unterschrift nicht eindeutig erkennen lasse. Nach Aussage Mag. E sei in diesem Zusammenhang darauf zu verweisen, daß die Beschwerdeführerin selbst angeblich Geschäftsführerin dieser Firma (S) sei. Der Zeuge D habe angegeben, im Falle des Subauftrages an die Firma K sei eine Kopie des Auftragsschreibens (von der U) ohne Preise an den Subauftragnehmer weitergegeben worden, dies seien die "technischen Beschreibungen". An schriftliche Offerte im Falle des Subauftrages an die Firma S könne er sich nicht erinnern. Diese Aussage zeige, daß abgesehen davon, daß der Berufungsbehörde keine vollständigen Werkverträge vorgelegt hätten werden können, anzunehmen sei, daß solche vollständigen Werkverträge mit allen bedungenen Details, wie sie zwischen Werkvertragspartnern üblich und nötig seien, gar nicht vorhanden gewesen seien. Im Hinblick auf Punkt 17 des Vertrages mit der Firma K, wonach der Vertrag mit der beiderseitigen Unterzeichnung und Erlangung der Arbeitsberechtigung für die Arbeitnehmer des Auftragnehmers rechtsgültig werden sollte, eine arbeitsmarktrechtliche Genehmigung jedoch nicht vorgelegen sei, vertrat die belangte Behörde die Ansicht, der Vertrag zwischen M GesmbH und der Firma K sei nach dem Willen der Vertragsparteien gar nicht rechtswirksam geworden. Es sei auch im Verfahren nicht hervorgekommen, daß das Vorliegen arbeitsmarktrechtlicher Papiere vom Auftraggeber in irgendeiner Weise überprüft worden wäre. Im übrigen gehe aus den vorgelegten Verträgen mit den

slowenischen Firmen nicht hervor, welcher der Subunternehmer welchen Anteil der Arbeiten (bei einem Auftragsvolumen von ein bis zwei Millionen) übernommen haben solle. Es habe auch im Verfahren nicht geklärt werden können, welche der im Punkt 1 bis 7 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses genannten Ausländer für welche der beiden Firmen tätig gewesen seien. Aus den Bautagesblättern und der Aussage des Zeugen D lasse sich eine eindeutige Trennung bzw. Zuordnung der ausländischen Arbeitnehmer auf bestimmte Arbeitsbereiche nicht ableiten, was auch zeige, daß die behaupteten Subauftragnehmer kein eigenständiges, ausschließlich dem Werkunternehmer zurechenbares Werk hergestellt hätten, sondern ebenso wie die Arbeitskräfte der M GesmbH ausschließlich Bauarbeiten zur Herstellung von Stiegen (in einer mehrere Häuser umfassenden Wohnhausanlage) ausgeführt hätten. Hinzu komme, daß laut Punkt 5. des undatierten Subunternehmervertrages mit der Firma K sich der Auftraggeber verpflichtet habe, die geeigneten Materialien (wie Marmor, Kleber, u.ä.) zur Verfügung zu stellen, hingegen der Auftragnehmer alles für diese Arbeiten und die Verlegung notwendigen Werkzeuge selbst beizustellen gehabt habe. Es seien jedoch auch Maschinen (z.B. Schneidemaschine, Flex) notwendig gewesen, die von der Firma M GesmbH beigestellt worden sei. Daraus folge wiederum, daß lediglich das im Verhältnis zu den Maschinen geringwertige Handwerkzeug vom Auftragnehmer, die höherwertigen Geräte, wie Schneidemaschine, o.ä. vom Auftraggeber beigestellt worden seien (was wiederum gegen die Annahme eines echten Werkvertrages spreche). Insoweit nicht schon aus den auf der Baustelle gefundenen Unterlagen, die in deutscher Sprache abgefaßt worden seien, zu entnehmen sei, daß diese nicht den beiden slowenischen Firmen, sondern der Firma M GesmbH zuzurechnen gewesen seien, ergebe sich auch aus der Genauigkeit und dem Detailreichtum dieser Aufzeichnungen, daß die Arbeitskräfte der Subauftragnehmerfirmen eng an das Regime bzw. die Aufsicht der M GesmbH gebunden gewesen seien und in dienstlicher und organisatorischer Hinsicht deren Weisungen unterstanden hätten. Überdies verweise Punkt 10 des Vertrages mit der Firma K auch daraufhin, daß der Auftraggeber für die Mitarbeiter des Auftragnehmers für Übernachtungsmöglichkeiten inklusive Frühstück und zwei Mahlzeiten zu sorgen habe, wenn auch der Vertragspunkt formell eine Kostentragung durch den Auftragnehmer vorsehe. Demgegenüber sei im Blatt betreffend Ausgabenerfassung detailliert das Essen für die jeweilige Anzahl von Personen an jeweils bestimmten Tagen und die hiefür ausgegebenen Beträge (für die M GesmbH) verzeichnet worden, auch die Vereinbarung zwischen der Firma M GesmbH und der Firma K hinsichtlich der Legung von Teilrechnungen sei festzuhalten, daß im gesamten Verfahren keine von den beiden Subauftragnehmern an den Subauftraggeber gestellten Rechnungen oder Teilrechnungen hervorgekommen seien. Lediglich die Zahlung von Teilbeträgen sei erwiesen worden, was jedoch der Annahme einer direkten Bezahlung der ausländischen Arbeitnehmer durch die M GesmbH nicht entgegenstehe, weil die jeweiligen Bauleiter der slowenischen Firmen lediglich für die Verteilung des Geldes unter die Arbeitskräfte zu sorgen gehabt hätten. Insgesamt sei die belangte Behörde daher zu dem Ergebnis gekommen, daß die ausländischen Arbeitnehmer gar kein unterscheidbares, den Subauftragnehmern zurechenbares Werk hergestellt hätten, und auch Werkverträge nach der Überzeugung der Berufungsbehörde nur zum Schein und zur Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes abgeschlossen worden seien. Dagegen spreche auch nicht die grundsätzliche Vereinbarung über Deckungs- oder Haftrücklässe. Das Beweisverfahren habe hinsichtlich des unter Punkt 8. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses (S H) genannten Ausländer lediglich ergeben, daß dieser als Geldbote, nicht jedoch als Arbeiter auf der Baustelle eingesetzt gewesen sei, weshalb das Verfahren hinsichtlich dieses Ausländer einzustellen gewesen sei.

Eine neuerliche Ladung der zwar geladenen, zur Verhandlung vor der belangten Behörde jedoch nicht erschienenen Zeugen sei nicht vorzunehmen gewesen, weil diese Personen zur Befolgung der Ladung wegen ihres ausländischen Wohnsitzes nicht gezwungen hätten werden können. Auch der Vertagungsbitte der Beschwerdeführerin sei infolge offenkundiger Verschleppungsabsicht nicht nachzukommen gewesen, da diese bereits eine Woche vor dem Verhandlungstermin angeblich erkrankt sei, jedoch eine Entschuldigung bzw. Vertagungsbitte erst am 21. November 1995, 16.15 Uhr (für die am 22. November 1995, 9.00 Uhr festgesetzte Verhandlung vor der belangten Behörde) übermittelt worden sei. Die Reduzierung der Strafen resultiere aus den korrigierten Zeiträumen der Beschäftigung der ausländischen Arbeitnehmer, wie sie sich aus den vorgelegten Unterlagen ergeben hätten. Bei der Strafbemessung würdigte - entgegen der Behörde erster Instanz - die belangte Behörde die bisherige Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin als mildernd, als erschwerend jedoch den qualifizierten Vorsatz, der sich aus der Einschaltung der "Subunternehmerfirmen" S und K ergeben habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die erste, zur hg. ZI.96/09/0045 protokollierte Beschwerde im wesentlichen mit der Begründung, das Verfahren vor der Berufungsbehörde sei mangelhaft geblieben, habe sich die Beschwerdeführerin

doch auf Grund ihrer Erkrankung bei der Verhandlung entschuldigt. Aus ihrer späten Entschuldigung könne jedenfalls nicht der Schluß gezogen werden, daß ihr an der persönlichen Teilnahme an der Berufungsverhandlung nicht gelegen sei. Sie erachte sich daher in ihrem Recht auf Parteiengehör verletzt. Darüber hinaus habe die belangte Behörde ihre Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse in unzulässiger Weise einem anderen Verwaltungsstrafverfahren entnommen und verwertet, auch in diesem Punkte sei sie in ihrem Recht auf Parteiengehör verletzt. Die Begründung des angefochtenen Bescheides im Hinblick auf die Strafbemessung sei widersprüchlich, hinsichtlich des Punktes 7 der Straffestsetzung auch überhöht. Im übrigen bekämpft die Beschwerdeführerin die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung und hält dem im wesentlichen entgegen, die belangte Behörde hätte aus dem Verfahrensergebnis den Schluß ziehen müssen, daß zwischen der Firma M GesmbH einerseits und den slowenischen Firmen S bzw. K andererseits rechtsgültige Subunternehmeraufträge (Werkverträge) zustandegekommen seien. Die von der belangten Behörde gezogenen Schlüsse und Annahmen seien "unzulässig". Als weiteren Verfahrensmangel rügt die Beschwerdeführerin die Unterlassung der neuerlichen Ladung der beantragten Zeugen zu Punkt 1 bis 8. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses sowie der Zeugen L, H und B.

## II.

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Leibnitz vom 5. Juli 1994 wurde die Beschwerdeführerin als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma M GesmbH, E, schuldig erkannt, im folgenden genannte ausländische Arbeitnehmer ohne Beschäftigungsbewilligung, Befreiungsschein bzw. Arbeitserlaubnis auf der Baustelle Wohnhausanlage Plüddemanngasse 65 in Graz beschäftigt zu haben:

1.

L J vom 11.2. bis 21.2.1994,

2.

N I vom 6.2. bis 21.2.1994,

3.

A E am 21.2.1994, und

4.

G M vom 15.2. bis 21.2.1994.

Sie wurde hiefür gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AusBG mit einer Geldstrafe von je S 20.000,--, insgesamt daher S 80.000,-- zuzüglich Kosten, bestraft. Auch hier ging die Behörde erster Instanz von der Anzeige des Landesarbeitsamtes Steiermark vom 2. März 1994 aus, da die Beschwerdeführerin der Ladung zur (auch in diesem Verfahren) anberaumten mündlichen Einvernahme am 21. Juni 1994 ohne Angabe von Gründen keine Folge geleistet habe und daher die ihr zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen als erwiesen anzusehen gewesen seien.

In ihrer Berufung gegen dieses Straferkenntnis machte die Beschwerdeführerin lediglich eine Verletzung des Parteiengehörs unter Hinweis darauf geltend, die Behörde habe die schriftlich übermittelte Bitte nach Terminverlegung ignoriert und das Verwaltungsstrafverfahren unter Außerachtlassung der Bestimmung des § 41 Abs. 3 VStG ohne Anhörung der Beschuldigten durchgeführt, was einen groben Verfahrensmangel darstelle. Selbst unter Annahme des grundsätzlich bestrittenen Tatbestandes nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AusBG sei die über sie verhängte Geldstrafe bei weitem überhöht und entspreche nicht ihren Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen, zu denen ebenfalls kein Parteiengehör gewährt worden sei. Die Behörde habe im Hinblick auf ihre bisherige Unbescholtenheit zu Unrecht nicht von der Bestimmung des § 21 VStG Gebrauch gemacht.

Mit dem zweitangefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dieser Berufung nach Durchführung einer (fortgesetzten) Berufungsverhandlung zu den Punkten 1 und 4 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses Folge und stellte die diesbezüglichen Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 (das heißt hinsichtlich J L und M G) ein, bestätigte das erstinstanzliche Straferkenntnis hinsichtlich des Punktes 2 (betreffend I N) vollinhaltlich und hinsichtlich Punkt 3 des erstinstanzlichen Straferkenntnisses (E A) dem Grunde nach, reduzierte jedoch zum letztgenannten Punkt die Geldstrafe auf S 7.000,-- (Ersatzarrest 2 Tage). Sie ging hiebei sachverhaltsmäßig - soweit dies nicht bereits zum erstangefochtenen Bescheid dargestellt wurde - davon aus, die M GesmbH habe von der U-Bau laut Auftragsschreiben vom 20. Juli 1993 den Auftrag zur Verlegung von Natursteinen in den Stiegenhäusern mehrstöckiger

Gebäude sowie der Fassadensockel im genannten Bauobjekt, bei dem es sich um einen Großauftrag gehandelt habe, erhalten. Dieser Auftrag sei teilweise von der M GesmbH selbst, zum größeren Teil aber an österreichische Subfirmen vergeben worden. Die genannten beiden Ausländer seien Arbeitnehmer der Firma S d.o.o. Maribor gewesen und von ihrem Arbeitgeber auf die bezeichnete Baustelle geschickt worden, um dort für die M GesmbH, E, Steinplattenverlegungsarbeiten durchzuführen. Vorgesetzte der beiden Ausländer sei Dipl.-Ing. D sowie der bei der M GesmbH beschäftigte Karl S gewesen. Entgegen der Eintragung in den Erhebungsbögen seien die genannten Ausländer nicht für eine Firma "D" tätig geworden, sondern für die M GesmbH, was sich schon daraus ergebe, daß es eine Firma D in E nicht gebe. Die Entlohnung sei durch die Firma M GesmbH erfolgt. Die Bestellung der Bindemittel und Steine sei ebenfalls von der Firma M GesmbH erfolgt. Eine Beschäftigung des H. J L und M G auf der genannten Baustelle habe hingegen in Ermangelung jeglicher Beweise nicht festgestellt werden können. Eine neuerliche Ladung der ausländischen Arbeitnehmer sei nicht vorzunehmen gewesen, da sie bereits die erste Ladung nicht befolgt hätten und eine ausländische Zustelladresse vorliege. Die Einvernahme der zwei weiteren (inländischen) Zeugen sei entbehrlich gewesen, weil die belangte Behörde der mit diesen Beweismitteln unter Beweis zu stellenden Darstellung der Beschwerdeführerin ohnedies Rechnung getragen habe. Im Rahmen der Beweiswürdigung gelangte die belangte Behörde auch hier zum Ergebnis, eine von den Arbeiten anderer Subfirmen abgegrenztes Werk sei von der Firma S nicht zu erbringen gewesen, was sich schon daraus ergebe, daß die beiden von der Firma S d.o.o. überlassenen Arbeitskräfte gemeinsam mit den Arbeitskräften der M GesmbH die Steinverlegungsarbeiten vorgenommen hätten. Die Steine und Bindemittel seien auch von der Firma M GesmbH zur Verfügung gestellt worden, während lediglich das Handwerkzeug von den Arbeitskräften selbst beizustellen gewesen sei. Aus den Bautagesberichten habe sich eine Arbeitszeit von 7 bis 17 Uhr bzw. 8 bis 17 Uhr bzw. 7 bis 15 Uhr ergeben, was darauf hindeute, daß die ausländischen Arbeitskräfte in den gemeinsamen Arbeitsprozeß eingefügt gewesen seien. Auch die Entlohnung der beiden ausländischen Arbeitskräfte in österreichischer Währung habe durch die M GesmbH erfolgen sollen bzw. sei so erfolgt. Aus diesen Umständen zeige sich klar, daß die ausländischen Arbeitskräfte sowohl persönlich als auch wirtschaftlich als von der Firma S d.o.o. überlassene Arbeitskräfte von der M GesmbH abhängig gewesen seien. Die Verwendung solcher Arbeitskräfte durch die M GesmbH gelte als Beschäftigung nach § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG, wobei die Firma M GesmbH als Beschäftiger im Sinn des § 2 Abs. 3 AÜG einem Arbeitgeber gleichzuhalten sei. Die Beschwerdeführerin habe nichts vorgebracht, was ihrer Entlastung hätte dienlich sein können, sie sei Gesellschafterin und "Direktorin" der Firma S d. o.o. und damit jener Gesellschaft, die die Arbeitskräfte überlassen habe, zugleich aber auch Gesellschafterin und handelsrechtliche Geschäftsführerin der M GesmbH als Beschäftigerin. Sie habe selbst angeordnet, daß die genannten Ausländer auf die in Rede stehende Baustelle zu kommen gehabt hätten. Die Art und Weise, wie die Firma S und die Firma M GesmbH, deren Firmensitze örtlich nicht weit auseinanderlägen, unter Leitung der Beschwerdeführerin zusammengespielt hätten, um die illegale Beschäftigung in die Wege zu leiten, sie aber zugleich auch zu verdecken, zeige, daß auf Seiten der Beschwerdeführerin vorsätzliche Handlungsweise vorliege. Dies verhindere auch ein Vorgehen nach § 21 VStG.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zweite, zur hg. Zl. 96/09/0123 protokollierte Beschwerde. Die Beschwerdeführerin macht auch hier entscheidungswesentliche Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend. Zu Unrecht sei die neuerliche Ladung der von ihr namhaft gemachten Zeugen sowie ihre eigene Einvernahme unterlassen worden. Es sei weder erwiesen, daß die genannten ausländischen Arbeitnehmer in den gemeinsamen Arbeitsprozeß eingefügt, noch daß diese als Arbeitnehmer für die Firma M GesmbH tätig gewesen seien. Es sei auch nicht festgestellt worden, daß die genannten Ausländer für keinen anderen Arbeitgeber als die Firma M GesmbH gearbeitet hätten, erst durch Befragung der Genannten hätte geklärt werden können, wie es zu den unrichtigen Angaben hinsichtlich des Arbeitgebers M GesmbH gekommen sei. Rechtlich verfehlt sei auch die Ansicht der belangten Behörde, die genannten Ausländer seien als Arbeitskräfte durch die Firma M GesmbH verwendet worden. Ebensowenig sei im Verfahren hervorgekommen, daß die Beschwerdeführerin selbst die Beschäftigung der Ausländer auf der genannten Baustelle angeordnet hätte. Der "Schluß" der belangten Behörde, wonach die M GesmbH als Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG einem Arbeitgeber gleichzuhalten sei, sei im Hinblick darauf, daß die Ausländer als sowohl persönlich als auch wirtschaftlich von der Firma S d.o.o. überlassene Arbeitskräfte von der M GesmbH abhängig gewesen seien, ebenso verfehlt wie die Annahme der Eingliederung der genannten Ausländer in den gemeinsamen Arbeitsprozeß. Unberücksichtigt geblieben sei auch die Angabe der Beschwerdeführerin, die genannten Ausländer hätten im Zeitpunkt der Kontrolle lediglich einen Materialtransport durchgeführt. Richtigerweise wäre davon auszugehen

gewesen, daß die genannten Ausländer nicht Arbeitnehmer der Firma M GesmbH gewesen und auch in keinem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur Firma M GesmbH gestanden seien. Beide Ausländer seien richtigerweise nur anläßlich von Materialtransporten der Firma S auf der Baustelle anwesend gewesen.

III.

Die belangte Behörde erstattete zu beiden Beschwerden Gegenschriften, in denen sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragt.

IV.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung infolge ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhangs verbundenen Beschwerden erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. 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 (AÜG), BGBI. 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 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes. Gemäß § 3 Abs. 3 AÜG ist Beschäftiger derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nichts 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 1975 i.d.F. der Novelle BGBI. Nr. 450/1990 eine Verwaltungsübertretung und ist von der Verwaltungsbehörde 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 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 S 240.000,--.

Insoweit die Beschwerdeführerin in beiden Verfahren gleichlautend als wesentlichen Verfahrensmangel geltend macht, die von ihr beantragte neuerliche Ladung der bereits geladenen, jedoch nicht erschienenen ausländischen Zeugen sei zu Unrecht unterlassen worden, verabsäumt sie es, in der Beschwerde darzulegen, zu welchem konkret anderen Ergebnis die belangte Behörde bei Vermeidung des von ihr aufgezeigten Verfahrensfehlers hätte kommen können. Dem Beschwerdevorbringen kann nicht entnommen werden, inwieweit diese Zeugen überhaupt brauchbare,

verwertbare Angaben hätten machen können bzw. welcher konkrete (und damit erhebliche) Sachverhalt durch diese unberücksichtigt gebliebenen Beweismittel aufgeklärt und solcherart die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid kommen hätte können. Bloßen Erkundungsbeweisen (insbesondere was die Zuordnung der Ausländer zu den angeblichen Subunternehmen K und S anbelangt) nachzugehen, war die belangte Behörde jedenfalls nicht gehalten. Tut aber die Beschwerde die Wesentlichkeit des behaupteten Verfahrensmangels nicht dar und kann - was vorliegend der Fall ist - auch der Verwaltungsgerichtshof nicht finden, daß dem in der Beschwerde behaupteten Begründungsmangel Wesentlichkeit in dem Sinn zukommt, daß er den Beschwerdeführer an einer zweckmäßigen Verfolgung seiner Rechte vor dem Verwaltungsgerichtshof hindert, so ist die Verfahrensrüge - zumindest in diesem Punkte - unberechtigt (vgl. auch die in Dolp3, S. 600, zitierte hg. Judikatur). Im übrigen erweist sich aber auch die von der belangten Behörde herangezogene Begründung, daß nämlich im Hinblick auf die nicht im österreichischen Bundesgebiet gelegenen Wohnsitze ein Erscheinen der Zeugen nicht erzwungen werden kann, als zutreffend.

Insoweit die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde gegen den erstangefochtenen Bescheid die Verletzung ihres Parteiengehörs mit dem Hinweis darauf bekämpft, die Verhandlung sei zu Unrecht in ihrer Abwesenheit durchgeführt und geschlossen worden, ist auf § 51f Abs. 2 VStG zu verweisen, wonach es weder die Durchführung der Verhandlung noch die Fällung des Erkenntnisses hindert, wenn eine Partei trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen ist. Das Vorliegen eines der im § 19 Abs. 3 AVG genannten Gründe kann das Nichterscheinen des Geladenen allerdings rechtfertigen. Liegt ein solcher Rechtfertigungsgrund vor, kann in Bezug auf die behördliche Ladung nicht mehr von einer "ordnungsgemäßen Ladung" im Sinne des § 51f Abs. 2 VStG gesprochen werden, die gemäß der genannten Gesetzesstelle zur Durchführung der Verhandlung auch in Abwesenheit der Partei berechtigt. Die belangte Behörde hat die im Akt erliegende Entschuldigung der Beschwerdeführerin nicht als ausreichend gewertet. Angesichts der Tatsache, daß die Ladung für die am 22. November 1995, 9.00 Uhr, festgesetzte mündliche Berufungsverhandlung vor der belangten Behörde der Beschwerdeführerin bereits am 29. August 1995 zugestellt worden war, ihre behauptete Erkrankung bereits einige Tage angedauert habe, das Entschuldigungsschreiben der Beschwerdeführerin vom 21. November 1995 (welches im übrigen keinen Vertagungsantrag enthält) aber nicht an die belangte Behörde, sondern an die Firma M GesmbH gerichtet und vom Vertreter der Beschwerdeführerin erst in der Verhandlung vorgelegt worden war, sowie der Tatsache, daß die vom Beschwerdeführer-Vertreter selbst angebotene ärztliche Bestätigung über die Erkrankung der Beschwerdeführerin nicht vorgelegt wurde, erscheint die Beurteilung der belangten Behörde, der von der Beschwerdeführerin gewählten Vorgangsweise fehle die Eignung zur Rechtfertigung ihres Nichterscheinens, nicht als rechtswidrig. Daran vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführerin, sie habe "bis zuletzt damit gerechnet, an der Verhandlung teilnehmen zu können", nichts zu ändern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt daher in Ansehung der von der belangten Behörde anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nicht vor. Insoweit sich diese teilweise auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im erstinstanzlichen Verfahren beruft, vermag der Verwaltungsgerichtshof eine durch die Erhebung der Berufung und Durchführung des Verfahrens vor der belangten Behörde allenfalls gegeben gewesene und weiter bestehende Einschränkung der Rechtsverteidigungsmöglichkeiten der Beschwerdeführerin ebenfalls nicht zu erkennen.

Insoweit die Beschwerdeführerin die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung zum Gegenstand ihrer Anfechtung macht, ist ihr entgegenzuhalten, daß auch ihre diesbezüglichen Ausführungen in den Beschwerden nicht geeignet sind, die ins einzelne gehenden Überlegungen der belangten Behörde unschlüssig oder mit den Denkgesetzen in Widerspruch stehend erscheinen zu lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. auch als Beispiel für viele das hg. Erkenntnis vom 29. Oktober 1997, Zl. 96/09/0013, und die dort wiedergegebene Judikatur) obliegt ihm in Ansehung der von der belangten Behörde vorgenommenen Beweiswürdigung nur insoweit eine nachvollziehende Kontrolle, als die dabei angestellten Erwägungen schlüssig sind, d.h., den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechend, nicht aber dahin, ob ein Akt der Beweiswürdigung richtig in dem Sinne ist, daß eine den Beschwerdeführer belastende Darstellung und nicht dessen Verantwortung den Tatsachen entspricht. In diesem Sinne zeigen die Beschwerden relevante, vom Verwaltungsgerichtshof wahrzunehmende Mängel der Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht auf, die ihre Erwägungen eingehend und im Einklang mit der Aktenlage dargestellt hat und in nachvollziehbarer Weise zu dem Ergebnis gelangt ist, daß die ausländischen Arbeitnehmer als von der Firma S d.o.o. bzw. K überlassene Arbeitskräfte von der Firma M & G sowohl persönlich als auch wirtschaftlich abhängig waren und es sich bei den "Subunternehmerverträgen" zwischen der Firma M GesmbH einerseits und den Firmen S d.o.o. bzw. K, um Scheinverträge gehandelt hat, die der Verdeckung illegaler Beschäftigung dienen sollten.

Die daran geknüpfte rechtliche Beurteilung erweist sich aber im Sinne der bereits oben zitierten Gesetzesbestimmungen ebenfalls als zutreffend.

Insoweit die Beschwerdeführerin meint, im erstangefochtenen Bescheid ergäbe sich zu Punkt 7 des erstinstanzlichen Bescheides (betreffend B G) - welcher entgegen der Behauptung in der Beschwerde Gegenstand auch des Spruches der belangten Behörde im Sinne einer gänzlichen Abweisung der Berufung ist - ein Widerspruch bei der Begründung der Straffestsetzung, so ist für den Verwaltungsgerichtshof ein solcher nicht zu erkennen, da die Beschwerdeführerin übersieht, daß zwar von der Behörde erster Instanz bei der Strafbemessung "nichts" als erschwerend oder mildernd gewertet wurde, jedoch von der belangten Behörde sehr wohl ein als Vorsatz qualifiziertes Verschulden der Beschwerdeführerin als erschwerend angelastet wurde. Worin die belangte Behörde dieses qualifizierte Verschulden erblickt, hat sie aber auch widerspruchsfrei begründet, nämlich mit der Feststellung bewußt gesetzter Verschleierungshandlungen. Andererseits erachtete die belangte Behörde (im Gegensatz zur Behörde erster Instanz) aber auch die bisherige Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin als mildernd, was jedoch im Ergebnis zu einem Ausgleich dieser zur Strafbemessung herangezogenen Gründe geführt hat. Auch hierin kann eine Rechtsverletzung nicht erachtet werden. Die Herabsetzung der Strafen in beiden Verfahren resultierte lediglich aus einer Korrektur der von der belangten Behörde angenommenen Beschäftigungszeiten, die von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt wurden. Im Hinblick auf die volkswirtschaftliche Schädigung, die Anzahl der Beschäftigten Ausländer und die Beschäftigungszeiträume erweist es sich aber auch als zutreffend, daß die belangte Behörde von einer Ermahnung im Sinne der Bestimmung des § 21 VStG mangels Vorliegens ihrer Voraussetzungen keinen Gebrauch gemacht hat. Auch in diesem Punkt erweisen sich die Beschwerden daher als unbegründet.

Insoweit die Beschwerdeführerin es letztendlich als unzulässig erachtet, daß auch in ihrem, Gegenstand des erstangefochtenen Bescheides bildenden Verwaltungsstrafverfahrens die in jenem, dem zweitangefochtenen Bescheid zugrundeliegenden Verwaltungsstrafverfahren bekanntgegebenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse verwertet worden seien, genügt der Hinweis, daß sich ihr Rechtsfreund auf jene Mitteilung der Beschwerdeführerin vom 11. Mai 1995 anlässlich beider (zunächst verbundener) Verhandlungen vor der belangten Behörde (vgl. Aktenseite 84 und 106) selbst darauf berufen hat und auch in der Beschwerde nicht dargelegt wird, ob bzw. wie im einzelnen diese Verhältnisse eine Veränderung erfahren hätten.

Aus all diesen Gründen erweisen sich beide Beschwerden als unbegründet, weshalb sie gemäß§ 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen waren.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung

BGBI. Nr. 416/1994.

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

ECLI:AT:VWGH:1998:1996090045.X00

**Im RIS seit**

03.04.2001

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