

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/2/23 93/09/0191

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.02.1994

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
24/01 Strafgesetzbuch;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1988/231 ;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1990/450;  
AuslBG §3 Abs1;  
AVG §72 Abs1;  
KJBG 1987;  
StGB §33 Z2;  
VStG §19 Abs2;  
VStG §19;  
VStG §31 Abs2;  
VStG §31 Abs3;  
VStG §51 Abs5 idF 1984/299;  
VStG §51 Abs5;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn und Dr. Germ als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde des Anton S in G, vertreten durch Dr. U, Rechtsanwalt in G, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Steiermark vom 27. November 1992, Zl. 5-212 Sche 39/18-92, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Straf- und Kostenausspruch wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben; im übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.570,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der Beschwerdeführer war unbestrittenermaßen zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma S-GmbH.

Nach den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens führte die Bundespolizeidirektion Graz auf Grund der Mitteilung, auf einer bestimmten Baustelle seien Ausländer illegal beschäftigt, am 7. März 1989 eine Überprüfung durch, bei der sechs ausländische Staatsbürger (4 Tunesier, 1 Ägypter und 1 Syrer) bei der "Schwarzarbeit" betreten worden seien. Zwei weitere auf dieser Baustelle arbeitende Ausländer seien davongerannt. Nach den mit diesen sechs Ausländern in den nächsten Tagen bei der Polizei - im Beisein eines Dolmetschers - aufgenommenen Niederschriften seien diese - zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes - an der genannten Baustelle zu Hilfsarbeiten für einen Stundenlohn von S 20,-- bzw. S 50,-- eingesetzt worden. In drei Fällen sei das vereinbarte Entgelt (zumindest teilweise) bezahlt worden, in den restlichen drei Fällen sei bis zum Zeitpunkt der Niederschrift noch keine Bezahlung erfolgt. Diesen Niederschriften war jeweils ein vom betreffenden Ausländer unterfertigter Zettel mit folgendem Inhalt angeschlossen:

"Ich ... erkläre, daß ich Erfahrungen im Baugewerbe als

Volontär erwerben möchte, um eine weitere Qualifikation in meiner neuen Heimat zur Sicherung meiner Zukunft zu haben. Es gilt als vereinbart, daß ich keine Dienstzeiten einzuhalten habe, keinen Weisungen unterliege und auch keinen Entlohnungsanspruch habe. Ich nehme zur Kenntniss, daß mir ohne jeden Rechtsanspruch ein Taschengeld ausbezahlt wird, welches im freien Ermessen des Ausbildners liegt."

Diesen - vorher im wesentlichen zusammengefaßt wiedergegebenen - Sachverhalt teilte die Bundespolizeidirektion dem Arbeitsamt Graz mit, das am 22. März 1989 Anzeige wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) an den Magistrat Graz erstattete.

Nachdem am 4. August 1989 dem (damaligen) Vertreter des Beschwerdeführers der gesamte Akteninhalt zur Kenntnis gebracht worden war, bestritt der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 11. September 1989 - im Hinblick auf die in allen sechs Fällen vorgelegten "Volontärsvereinbarungen" - die ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen, und führte weiters aus, das an die Volontäre bezahlte "Taschengeld" sei nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Volontär, sondern als freiwillige Zuwendung gegeben worden. Die Volontäre hätten bei der S-GmbH die Möglichkeit, qualifizierte Arbeitsweisen, wie die Unterfahrung von Fundamenten von Altbauten bis zu sieben Meter Tiefe zu erlernen. Diese äußerst schwierige Technik erfordere qualifizierte Kenntnisse. Weiters lernten die Volontäre das Umgehen mit Kompressoren und viele spezielle Techniken des Baugewerbes. Die wirtschaftstheoretische Idee im Hintergrund sei die eines auf jede Weise - vom einfachen Spatenstich bis zu hochkomplizierten betriebswirtschaftlichen Überlegungen - gebildeten Arbeitnehmers. Das Gesetz nenne nicht Unentgeltlichkeit als Voraussetzung für ein Volontariat, sondern das Fehlen eines Anspruches auf Entgelt bei Fehlen einer Arbeitspflicht. Desgleichen habe der Arbeitgeber bei dem Volontariatsverhältnis keinen durchsetzbaren Anspruch auf Arbeitsleistung; er könne daher die Arbeitskraft des Volontärs niemals im vorhinein in seine betriebliche Planung integrieren. Es sei geradezu naheliegend, daß ein Unternehmer freiwillig dafür Sorge, daß die bei ihm lernenden Volontäre zumindest notdürftig versorgt seien.

Laut einem im Akt befindlichen Bericht der Bundespolizeidirektion Graz vom 21. April 1989 wurden bei einer neuerlichen Überprüfung der gegenständlichen Baustelle am 19. April 1989 zwei - der schon am 7. März 1989 angetroffenen - Ausländer abermals bei der illegalen Beschäftigung betreten.

Nach Einholung einer Stellungnahme des Arbeitsamtes Graz und nach Bekanntgabe der Einkommens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers durch dessen Vertreter erließ die Strafbehörde erster Instanz ein mit 13. März 1990 datiertes Straferkenntnis, dessen Spruch wie folgt lautet:

"Als handelsrechtlicher Geschäftsführer der S-Gesellschaft m.b.H., sind Sie gemäß § 9 VStG. 1950 verwaltungsstrafrechtlich dafür verantwortlich, daß diese Gesellschaft zu folgenden Zeiten folgende ausländische Arbeiter beschäftigt hat, ohne daß hiefür eine Beschäftigungsbewilligung oder ein Befreiungsschein nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz vorlag:

1.) A (Staatsangehörigkeit: Tunesien) am 1., 3., 4., 5. und 7.3.1989,

2.) B (Staatsangehörigkeit: Tunesien) ab 2.2. tageweise bis 6.3.1989,

3.) C (Staatsangehörigkeit: Ägypten) vom 5.2. bis 7.3. 1989 und vom 11.3. bis 19.4.1989,

4.)

D (Staatsangehörigkeit: Tunesien) am 6. und 7.3.1989,

5.)

E (Staatsangehörigkeit: Tunesien) vom 1. bis 7.1. und 7.2. bis 7.3.1989,

6.) F (Staatsangehörigkeit: Syrien) am 3., 4., 6., 7. und 8.3. bis 19.4.1989.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der dzt. geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie zugunsten des Reservefonds gemäß § 64 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes folgende Strafen verhängt:

Zu 1.) bis 6.) je S 100.000,--, insgesamt S 600.000,-- im Uneinbringlichkeitsfall zu 1.) bis 6.) je 7 Tage Ersatzfreiheitsstrafe (insgesamt 42 Tage) gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a) leg. cit und § 16 Abs. 1 und 2 VStG 1950. Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 10 % der Strafe, das ist von 1.) bis 6.) je S 10.000,--, insgesamt S 60.000,--, zu zahlen.

Zur Begründung führte die Strafbehörde erster Instanz nach Darstellung des bereits vorher wiedergegebenen Verfahrensablaufes im wesentlichen aus, ein Arbeitsverhältnis und kein Volontärsverhältnis werde dann anzunehmen sein, wenn eine persönliche Arbeitspflicht gegenüber dem Arbeitgeber bestehe, ein zeitliches Verpflichtungsverhältnis zwischen den Vertragspartnern vorliege und die persönliche und wirtschaftliche Unterordnung des Ausländers in den "Organismus" des Betriebes gegeben sei. Aus den Aussagen der Ausländer ergebe sich, daß diese keinesfalls die Absicht gehabt hätten, spezielle Techniken des Baugewerbes zu erlernen, sondern daß sie zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes hätten Geld verdienen wollen; dabei sei es ihnen offensichtlich nicht darauf angekommen, wie hoch das erzielte Entgelt für ihre Leistung gewesen sei. Ein zeitliches Verpflichtungsverhältnis sei darin zu erblicken, daß in allen Fällen ein Stundenlohn ausgemacht gewesen sei, wobei dieser Stundenlohn für die in einer bestimmten Zeit geleistete Arbeit bezahlt worden sei. Auch sei es denkunmöglich, daß soziale Motive für die Beschäftigung der "Volontäre" maßgebend gewesen seien, weil die Beaufsichtigung bzw. gar die Unterweisung dieser Personen bei dem von der S-GmbH vorgebrachten Personalmangel eine wirtschaftlich nicht vertretbare Belastung bedeutet hätte. Der Arbeitskräftemangel und vermutlich auch der Umstand, daß durch die niedrige Bezahlung Lohnkosten sehr wesentlich erspart worden seien, dürfte die eigentliche Motivation für die Beschäftigung der Ausländer gewesen sein. Anzunehmen sei daher, daß die sogenannten "Volontärsverträge" tatsächlich - wie dies von den Ausländern bei der Bundespolizeidirektion Graz auch angegeben worden sei - nur dazu gedient hätten, um bei einem etwaigen Einschreiten von Behördenorganen den Anschein zu erwecken, es handle sich um Volontäre. Da es sich also nicht um eine gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG erlaubte Beschäftigung von Volontären gehandelt habe, sondern um eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung, sei der strafbare Tatbestand gegeben. Im übrigen begründete die Strafbehörde erster Instanz - ausgehend vom doppelt qualifizierten (vierten) Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG (S 20.000,-- bis 240.000,--) - noch die Strafbemessung näher.

Hinsichtlich des weiteren Verfahrensablaufes wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1990, Zl. 90/09/0126, 0127 bzw. Zl. 90/09/0157 und vom 21. Mai 1992, Zl. 92/09/0009 bzw. Zl. 92/09/0010 verwiesen. Mit dem zuletzt genannten Erkenntnis wurde (auch) die im zweiten Rechtsgang erlassene negative Entscheidung der belangten Behörde über den - gegen die Versäumung der Berufungsfrist gerichteten - Antrag des Beschwerdeführers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehoben.

Im fortgesetzten Verfahren erließ die belangte Behörde daraufhin den Bescheid vom 6. Juli 1992, mit welchem dem Wiedereinsetzungsantrag des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG Folge gegeben wurde. Damit war das Verfahren im Stande der Erlassung des Straferkenntnisses vom 13. März 1990 fortzuführen.

In weiterer Folge erging dann der nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtene Bescheid vom 27.

November 1992, mit dem der Berufung des Beschwerdeführers gegen das erstinstanzliche Straferkenntnis teilweise Folge gegeben wurde. Die verhängten Geldstrafen wurden auf S 50.000,-- je unberechtigt beschäftigten Ausländer, die Ersatzfreiheitsstrafen auf je viereinhalb Tage herabgesetzt und die Kostenbeiträge entsprechend ermäßigt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides verwies die belangte Behörde nach Wiedergabe des bereits dargestellten Verfahrensablaufes und der Rechtslage zunächst auf zwei den Beschwerdeführer betreffende Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes (vom 18. Oktober 1990, ZI. 90/09/0094 und vom 30. Oktober 1991, ZI. 91/09/0098) sowie auf vier weitere von ihr erlassene Bescheide, wo der Beschwerdeführer - wie im Beschwerdefall - ebenso behauptet habe, bei den beschäftigten Ausländern hätte es sich um Volontäre gehandelt. Wie bereits in den zitierten Bescheiden dargelegt und teilweise durch die oben genannten Verwaltungsgerichtshofurteile bestätigt, würde es - unabhängig von den dem Akt beiliegenden Aussagen der Ausländer vor der Bundespolizeidirektion Graz - auch ausgehend von der wirtschaftlichen und persönlichen Lage der Ausländer den allgemeinen Lebenserfahrungen widersprechen, daß von diesen tatsächlich Volontärsverhältnisse angestrebt bzw. eingegangen worden seien. Der Sachverhalt sei somit so zu beurteilen, daß nicht Volontärsverhältnisse, sondern Beschäftigungsverhältnisse vorgelegen seien und die vom Beschwerdeführer behauptete Volontärsbeschäftigung eine reine Schutzbehauptung darstelle. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß von den Ausländern Zetteln unterschrieben worden seien, auf denen sie mit ihrer Unterschrift bestätigten, als Volontäre beschäftigt zu sein. Da für die genannten Personen aber weder eine Bewilligung nach dem AuslBG noch Befreiungsscheine vorgelegen seien, liege eine Verletzung des § 3 Abs. 1 AuslBG vor.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, im Beschwerdefall handle es sich um die unberechtigte Beschäftigung von sechs Ausländern. Da jedoch zur Tatzeit eine einschlägige Vorstrafe, die zumindest formell rechtskräftig gewesen wäre, nicht vorgelegen sei, sei nur der einfache Strafsatz (S 10.000,-- bis 120.000,--) anzuwenden gewesen. Demnach sei die Strafbehörde erster Instanz unrichtigerweise davon ausgegangen, daß der doppelt qualifizierte (vierte) Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG anzuwenden sei.

Nach Wiedergabe des § 19 VStG führte die belangte Behörde weiters aus, als erschwerend sei zu werten, daß der Beschwerdeführer auch bisher keinerlei Strafeinsicht gezeigt habe und es auch trotz wiederholter Bestrafungen zu Übertretungen der gleichen Art gekommen sei, die er immer wieder mit der gleichen Argumentation (bei den unberechtigt beschäftigten Ausländern hätte es sich um Volontäre gehandelt) zu entkräften versucht habe. Dennoch habe die belangte Behörde die verhängten Strafen auf die Hälfte herabgesetzt, weil der Beschwerdeführer - dieser sei geschieden und für zwei Kinder alimentationspflichtig - kein Vermögen besitze, sein Einkommen auf das Existenzminimum gepfändet sei und auch nicht mehr für die S-GmbH als handelsrechtlicher Geschäftsführer tätig sei, sodaß es in diesem Zusammenhang (über die S-GmbH sei der Konkurs eröffnet worden) zu keinen weiteren Übertretungen nach dem AuslBG mehr kommen könne. Dennoch sei festzuhalten, daß keine mildernden Umstände vorlägen, wobei auch nicht übersehen werden dürfe, daß eine Strafe den Zweck verfolge, den Täter von weiteren einschlägigen Straftaten abzuhalten, falls der Beschwerdeführer anderweitig wieder tätig werde. Daher sei für eine weitere Herabsetzung der verhängten Strafen kein Raum gegeben gewesen. Zusammenfassend könne also gesagt werden, daß bei der Festsetzung der Strafhöhe sowohl die Erfordernisse des § 19 VStG Berücksichtigung gefunden hätten, als auch dem Umstand Rechnung getragen worden sei, daß die vorliegenden Übertretungen nicht als Wiederholungsfall gewertet werden könnten.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Der Verfassungsgerichtshof lehnte mit Beschluß vom 22. März 1993, B 37/93-4, die Behandlung der Beschwerde ab und trat diese antragsgemäß an den Verwaltungsgerichtshof ab.

In seiner an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Beschwerde macht der Beschwerdeführer Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend. Er erachtet sich in seinen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten gemäß der Verfassungsgerichtshofbeschwerde sowie in den gesetzlich gewährleisteten Rechten

-

auf gesetzesgemäße Strafbemessung

-

auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens nach § 31 Abs. 3 VStG und § 51 Abs. 7 VStG

-

nicht zu Unrecht wegen der Verletzung der Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG verurteilt zu werden, verletzt.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG idF gemäß

BGBI. Nr. 231/1988 (diese Fassung ist im Beschwerdefall wegen der Tatzeiten anzuwenden) begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde ..., bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 5.000,-- bis S 60.000,--, im Wiederholungsfalle von S 10.000,-- bis S 120.000,--, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 10.000,-- bis S 120.000,--, im Wiederholungsfalle von S 20.000,-- bis S 240.000,--.

Mit Erkenntnis vom 13. Dezember 1991, G 294/91-5, (VfSlg. 12948) hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, daß diese Bestimmung des AuslBG verfassungswidrig war. Gleichzeitig hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, daß die Vorschrift auch auf die "derzeit" (d.h. am 13. Dezember 1991, vgl. dazu auch BGBI. Nr. 105/1992) beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Fälle nicht mehr anzuwenden ist. An diesen Ausspruch des Verfassungsgerichtshofes über die Ausdehnung der Anlaßfallwirkung ist auch der Verwaltungsgerichtshof gebunden. Die vorliegende Beschwerde wurde am 11. Jänner 1993 zur Post gegeben und ist am 12. Jänner 1993 beim Verfassungsgerichtshof (dieser hat in der Folge deren Behandlung abgelehnt und die Beschwerde zur Entscheidung dem Verwaltungsgerichtshof abgetreten) eingelangt. Der Beschwerdefall (im nunmehr angefochtenen Bescheid ist von der belangten Behörde erstmalig § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG angewendet worden; in den zuvor auch beim Verwaltungsgerichtshof anhängig gewesenen Fällen ist es um die Rechtzeitigkeit der Berufung bzw. um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegangen) ist daher kein Anlaßfall im Sinne des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1991, G 294/91; daraus folgt jedoch, daß die genannte Bestimmung im Beschwerdefall weiter anzuwenden ist (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Februar 1993, Zl. 92/09/0280).

Soweit der Beschwerdeführer in seiner an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Beschwerde weiterhin eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte behauptet, ist er auf die vorangegangene Überprüfung des angefochtenen Bescheides durch den Verfassungsgerichtshof zu verweisen, welche eine solche Verletzung nicht ergeben hat (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Jänner 1990, Zl. 89/09/0128).

Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die Frist des § 51 Abs. 7 VStG von 15 Monaten sei seit Einbringung der Berufung am 13. April 1990 längst abgelaufen. Auch "Vollstreckungsverjährung" (§ 31 Abs. 3 VStG) sei eingetreten; die Zeit vor dem Verwaltungsgerichtshof im Wiedereinsetzungsverfahren sei nicht auf die Vollstreckungsverjährung im meritorischen Verfahren anzurechnen. Bereits aus diesen Gründen sei daher das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, der Beschwerde zum Erfolg zu verhelfen.

Im Beschwerdefall ist im Hinblick auf Art. II Abs. 2 der VStG-Novelle 1990, BGBI. Nr. 358, daß § 51 Abs. 5 VStG in seiner Fassung vor dieser Novelle anzuwenden, wonach, wenn eine Berufungsentscheidung nicht innerhalb eines Jahres ab Einbringung der Berufung erlassen wird, der angefochtene Bescheid als aufgehoben gilt und das Verfahren einzustellen ist (durch die genannte Novelle 1990 ist die Jahresfrist auf 15 Monate verlängert worden vgl. nunmehr § 51 Abs. 7 VStG).

Die Berufung des Beschwerdeführers gegen das erstinstanzliche Straferkenntnis vom 13. März 1990 (eingebracht durch den ihn auch im nunmehrigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren vertretenden Rechtsanwalt) wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 27. Juni 1990 als verspätet zurückgewiesen. Damit hat die belangte Behörde eine

Berufungsentscheidung im Sinne des § 51 Abs. 5 erlassen; diese Entscheidung trat mit der Erlassung des Bescheides der belangten Behörde vom 6. Juli 1992 - mit diesem gab die belangte Behörde nach Aufhebung des den Wiedereinsetzungsantrag abermals ablehnenden Bescheides (vom 5. März 1991) durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Mai 1992, Zl. 92/09/0010, im dritten Rechtsgang dem Antrag des Beschwerdeführers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Folge - außer Kraft (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Juni 1985, VwSlg. 11802/A).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 17. Dezember 1984, VwSlg. 11621/A, ausgesprochen hat, beginnt im Falle der Aufhebung eines Berufsbescheides durch den Verwaltungsgerichtshof (oder Verfassungsgerichtshof) die Einjahresfrist des § 51 Abs. 5 VStG mit der Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses (an die Berufsbehörde) neuerlich zu laufen. Die diesem Erkenntnis zugrunde liegenden Erwägungen gelten auch für den Fall des mit der Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verbundenen Außerkrafttretens eines eine Berufung als verspätet zurückweisenden Bescheides; auch diesfalls ist demnach § 51 Abs. 5 VStG anzuwenden. Die Zeit des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof oder dem Verwaltungsgerichtshof ist in die Frist des § 51 Abs. 5 VStG nicht einzurechnen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Juni 1991, Zl. 91/04/0121).

Der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand - letztlich - bewilligende Bescheid der belangten Behörde vom 6. Juli 1992 ist dem Beschwerdeführer am 9. JULI 1992 zugestellt worden. Von der von da an (neuerlich) zu berechnenden einjährigen Frist des § 51 Abs. 5 VStG sind somit zum Zeitpunkt der Zustellung des angefochtenen Bescheides an den Beschwerdeführer am

1. DEZEMBER 1992 erst ca. 5 Monate verstrichen.

Auch mit dem Einwand, es sei Verjährung (§ 31 Abs. 3 VStG) eingetreten, ist die Beschwerde nicht im Recht.

Nach § 31 Abs. 3 VStG idF gemäß BGBl. Nr. 516/1987 darf ein Straferkenntnis nicht mehr gefällt werden, wenn seit dem in Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt drei Jahre vergangen sind. Eine Strafe darf nicht mehr vollstreckt werden, wenn seit ihrer rechtskräftigen Verhängung drei Jahre vergangen sind. Die Zeit eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Verwaltungsgerichtshof sowie Zeiten, während deren die Strafvollstreckung unzulässig, ausgesetzt, aufgeschoben oder unterbrochen war, sind nicht einzurechnen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß § 31 Abs. 3 VStG zwei verschiedene Verjährungsinstitute normiert, nämlich die Strafbarkeits- und die Vollstreckungsverjährung (vgl. dazu auch die Ausführungen bei Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechtes<sup>5</sup>, Rz 870 ff). Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, daß der Beschwerdeführer - mit seinem Verjährungseinwand - tatsächlich den Eintritt der "Strafbarkeitsverjährung" gemeint hat, ist doch zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides (am 1. Dezember 1992) die ab dem Zeitpunkt der "rechtskräftigen Verhängung" der Strafe (Zustellung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses im März 1990) berechnende dreijährige Frist für die Vollstreckungsverjährung noch nicht abgelaufen gewesen (wobei auch hier noch der Zeitraum der Unterbrechung durch die Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof und Verfassungsgerichtshof abzurechnen wäre).

Die Strafbarkeitsverjährung iSd § 31 Abs. 3 VStG tritt ein, wenn das Straferkenntnis bzw. die dieses bestätigende Berufsentscheidung erst nach Ablauf von drei Jahren, gerechnet ab dem im Abs. 2 genannten Zeitpunkt (Tatzeit) erlassen wird (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Juni 1993, Zl. 93/09/0086, 0087). Die Zeit, die nicht in die Strafbarkeitsverjährungsfrist einzurechnen ist, beginnt mit dem Tag des Einlangens der Beschwerde beim Gerichtshof und endet mit der Zustellung der Entscheidung an die belangte Behörde (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. März 1991, Zl. 90/19/0223).

Gegen die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach "die Zeit vor dem Verwaltungsgerichtshof im Wiedereinsetzungsverfahren nicht auf die Vollstreckungsverjährung im meritorischen Verfahren anzurechnen" sei, spricht schon der Wortlaut des § 31 Abs. 3 letzter Satz VStG, der schlechthin auf die Zeit "eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Verwaltungsgerichtshof" abstellt. Nach § 72 Abs. 1 AVG tritt durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor dem Eintritt der Versäumung befunden hat. Das Wiedereinsetzungsverfahren ist daher untrennbar mit jenem Verfahren verbunden, in welchem die den Wiedereinsetzungsgrund bildende Versäumung stattgefunden hat (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Dezember 1992, Zl. 91/10/0122, 0164).

Im Beschwerdefall wurde der Beschwerdeführer wegen der unerlaubten Beschäftigung von sechs ausländischen Staatsbürgern (an verschiedenen Tagen im März bzw. April 1989) bestraft, wobei die Verjährungsfrist für jede einzelne dieser sechs Verwaltungsübertretungen von dem Zeitpunkt an zu berechnen ist, an dem das strafbare Verhalten (hier: die unerlaubte Beschäftigung eines ausländischen Staatsbürgers) aufgehört hat (also am 6. bzw. 7. März und 19. April 1989). Die zu Zl. 90/09/0126 protokollierte Beschwerde langte beim Verwaltungsgerichtshof am 13. August 1990 ein und es wurde das Erkenntnis der belangten Behörde am 1. Februar 1991 zugestellt. Die zu Zl. 90/09/0157 protokollierte Beschwerde langte am 17. Oktober 1990 beim Verwaltungsgerichtshof ein und es wurde das Erkenntnis der belangten Behörde am 30. Jänner 1991 zugestellt. Die Beschwerde gegen den den Wiedereinsetzungsantrag abermals ablehnenden Bescheid der belangten Behörde (vom 5. März 1991) langte schließlich am 12. April 1991 beim Verfassungsgerichtshof ein, der in der Folge deren Behandlung ablehnte und die Beschwerde zur Entscheidung dem Verwaltungsgerichtshof abtrat. Dessen Erkenntnis (Zl. 92/09/0010) wurde dann der belangten Behörde am 2. Juli 1992 zugestellt. Unter Zugrundelegung der bei Hauer-Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>4</sup>, Seiten 871 und 872, unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. November 1987, VwSlg. 12570/A, dargestellten Berechnung der in § 31 Abs. 3 VStG normierten Frist in Verbindung mit der Zeit eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof (bzw. Verfassungsgerichtshof), war die Zustellung und somit Erlassung des angefochtenen Bescheides am 1. Dezember 1992 noch innerhalb der erwähnten Verjährungsfrist erfolgt (vgl. hiezu auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. September 1991, Zl. 91/19/0229).

Weiters ist nunmehr die Frage zu prüfen, ob eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers allenfalls deshalb nicht gegeben ist, weil die S-GmbH wegen des (vom Beschwerdeführer im gesamten Verwaltungsstrafverfahren unter Hinweis auf vorgelegte "Volontärsvereinbarungen") behaupteten Vorliegens von Volontariatsverhältnissen mit den sechs ausländischen Arbeitskräften für diese gar keiner Beschäftigungsbewilligungen bedurfte.

Ein Volontärsverhältnis im Sinne des § 3 Abs. 5 AuslBG liegt nur dann vor, wenn alle im folgenden genannten Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind:

1. Ein bestimmter Zweck der Beschäftigung (Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis),

- 2.

das Fehlen der Arbeitspflicht,

- 3.

das Nichtbestehen eines Entgeltanspruches sowie

- 4.

die Befristung der Beschäftigung auf maximal drei Monate (vgl. dazu die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. September 1990, Zl. 89/09/0127, und vom 26. September 1991, Zl. 91/09/0058).

Bei den von den sechs Ausländern bei ihrer Einvernahme vor der Polizei vorgelegten Zettel ("Volontärsvereinbarungen") handelt es sich um formlose, vorgeschriebene Erklärungen des Inhaltes, daß die genannten Ausländer Erfahrungen im Baugewerbe als Volontäre erwerben möchten, um eine weitere Qualifikation in ihrer neuen Heimat zur Sicherung ihrer Zukunft zu haben; weiters gelte es als vereinbart, daß diese keine Dienstzeiten einzuhalten hätten, keinen Weisungen unterlägen und auch keinen Entlohnungsanspruch hätten (diese Zettel sind - was vom Beschwerdeführer nicht bestritten worden ist - zum Teil erst nach der ersten Überprüfung der gegenständlichen Baustelle den Ausländern zur Unterfertigung gegeben worden). Ausgehend von den damit in Widerspruch stehenden Angaben der genannten Ausländer über die mit ihnen vereinbarte Entlohnung (S 20,- bzw. S 50,- pro Stunde) und auch ausgehend von deren wirtschaftlicher und persönlicher Lage würde es den allgemeinen Lebenserfahrungen widersprechen, daß von diesen tatsächlich Volontärsverhältnisse angestrebt und eingegangen worden sind. Der Beschwerdeführer hat in seiner Stellungnahme vom 11. September 1989 ausdrücklich eingeräumt, daß an die genannten Ausländer ein "Taschengeld" ausbezahlt worden ist. Bereits aus diesem Grund können die von der belangten Behörde gezogenen Schlußfolgerungen, nämlich daß hier Beschäftigungsverhältnisse und nicht Volontärsverhältnisse vorgelegen seien, und daß es sich bei dem entgegenstehenden Vorbringen des

Beschwerdeführers lediglich um Schutzbehauptungen handle, nicht als unrichtig erkannt werden (vgl. dazu schon die denselben Beschwerdeführer betreffenden Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Oktober 1990, ZI. 90/09/0093 bzw. 90/09/0094).

In der Schuldfrage erweist sich damit der angefochtene Bescheid als nicht mit der behaupteten Rechtswidrigkeit belastet, weshalb die Beschwerde insoweit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Schließlich wendet sich der Beschwerdeführer aber auch gegen die Höhe der über ihn verhängten Strafen. Das AuslBG stellt (seit der Novelle BGBl. Nr. 231/1988) für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine eigene Strafdrohung auf (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1990, ZI. 90/09/0170). Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG richtet sich die Strafhöhe nach der Anzahl der ungenehmigt beschäftigten ausländischen Arbeitskräfte. Der Auffassung des Beschwerdeführers, daß der qualifizierte Strafsatz nach § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG (S 10.000,-- bis zu S 120.000,-- für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als 3 Ausländern) erst dann zur Anwendung gelangen könne, wenn mehr als 3 Ausländer "zugleich" beschäftigt würden, kann schon im Hinblick auf den klaren Gesetzestext, der nicht verlangt, daß die Beschäftigung mehrerer Ausländer gleichzeitig erfolgen muß, nicht gefolgt werden (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. April 1992, ZI. 91/09/0199). Maßgebend ist im Beschwerdefall, daß der Beschwerdeführer in den Monaten März und April 1989 als verantwortlicher Geschäftsführer insgesamt sechs Ausländer ohne Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung auf der genannten Baustelle eingesetzt hat.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Nach dem Abs. 2 dieser Gesetzesstelle sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die Bemessung der Strafe nach § 19 VStG ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Ermessensentscheidung. Die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes ist in solchen Fällen darauf beschränkt, ob die belangte Behörde von ihrem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Dezember 1987, ZI. 87/02/0086).

Die Behörde darf grundsätzlich in die Strafbemessung auch Überlegungen der Spezialprävention und Generalprävention einbeziehen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Mai 1990, ZI. 89/02/0093). Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vorbringt, es gebe keine Anhaltspunkte dafür, daß er wiederum als Geschäftsführer einer GmbH tätig werde, vielmehr sei er nunmehr als Dienstnehmer und nicht als Organ einer juristischen Person tätig, so ist er darauf hinzuweisen, daß mangels jeglicher Einschränkung im AuslBG als Arbeitgeber jeder (also auch ein "Dienstnehmer") in Betracht kommt, demgegenüber sich ein Ausländer in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit zur Arbeitsleistung verpflichtet hat (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Februar 1991, ZI. 90/09/0160).

Auch der Einwand, infolge des Wegfallens der Strafnorm sei eine neuerliche Übertretung derselben denkunmöglich, sodaß weder spezial- noch generalpräventive Begründungen für die Verhängung einer exorbitant hohen Strafe herangezogen werden könnten, geht ins Leere, weil die Beschäftigung eines Ausländers, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch ein Befreiungsschein (seit der Novelle BGBl. Nr. 450/1990: "oder eine Arbeitserlaubnis") ausgestellt wurde, auch weiterhin strafbar ist (insbesondere ist auch die Höhe der Strafsätze unverändert geblieben).

Dennoch kommt der Beschwerde im Umfang der Bekämpfung der Strafhöhe und infolgedessen auch hinsichtlich des Kostenausspruches Berechtigung zu, und zwar aus den folgenden Überlegungen:

Die belangte Behörde ist zutreffend bei der Strafbemessung mit Rücksicht auf die Zahl der unberechtigt beschäftigten Ausländer und wegen Nichtvorliegens eines Wiederholungsfalles (anders als noch die Strafbehörde erster Instanz) vom dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG (S 10.000,-- bis S 120.000,--) ausgegangen. Gleichzeitig hat sie aber als erschwerend gewertet, daß der Beschwerdeführer auch bisher keinerlei Strafeinsicht gezeigt habe und es auch trotz



wiederholter Bestrafungen zu Übertretungen der gleichen Art gekommen sei. Da die belangte Behörde aber - bei der Wahl des heranzuziehenden Strafsatzes des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG - selbst davon ausgegangen ist, daß diese "Übertretungen" zur Tatzeit noch nicht rechtskräftig gewesen sind, hätten sie nicht als erschwerend gewertet werden dürfen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muß nämlich eine als Erschwerungsgrund zu berücksichtigende einschlägige Vorstrafe bereits zum Zeitpunkt der Begehung der neuen Straftat rechtskräftig - wenn auch lediglich formell rechtskräftig - sein (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. September 1990, Zl. 90/19/0245). Ferner ist darauf hinzuweisen, daß "Strafuneinsichtigkeit" neben § 33 Z. 2 StGB nicht als Erschwerungsgrund in Betracht kommen kann (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 3. Dezember 1992, Zl. 92/18/0377).

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des (geschiedenen) Beschwerdeführers ist die belangte Behörde nach der Begründung des angefochtenen Bescheides von Vermögenslosigkeit, Pfändung des Einkommens auf das Existenzminimum und der Alimentationspflicht für zwei Kinder ausgegangen. Selbst unter Berücksichtigung des nicht unbeträchtlichen Unrechts - und Schuldgehaltes der Verwaltungsübertretungen sowie der von der belangten Behörde angestellten spezialpräventiven Überlegungen hätte im Hinblick auf die geschilderten persönlichen Verhältnisse und bei Wegfall des von der belangten Behörde angenommenen Erschwerungsgrundes (keine einschlägigen verwaltungsrechtlichen Vorstrafen), die Strafe (pro unberechtigt beschäftigten Ausländer) nicht mit rund 40 v.H. der dafür im Gesetz vorgesehenen Höchststrafe bemessen werden dürfen.

Der angefochtene Bescheid war daher in seinem Strafausspruch und demzufolge auch hinsichtlich seiner Entscheidung über die Verfahrenskosten gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 sowie 50 VwGG iVm Art. I A Z. 1 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 104/1991.

#### **Schlagworte**

Rücksichten der Generalprävention Geldstrafe und Arreststrafe Erschwerende und mildernde Umstände Vorstrafen  
**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1993090191.X00

#### **Im RIS seit**

11.07.2001

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.06.2013

**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)