

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

23.02.1994

Geschäftszahl

93/09/0173

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn und Dr. Höß als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde des G in S, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in S, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 1. Juni 1992, Zl. I/2-St-922, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe sowie der Kosten des Strafverfahrens im Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides werden wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben; im übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.540,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Der Beschwerdeführer ist der handelsrechtliche Geschäftsführer der K-KG.

Mit undatiertem Schreiben zeigte das Landesarbeitsamt Niederösterreich (im folgenden LAA NÖ) der Bezirkshauptmannschaft (BH) Gänserndorf (dort eingelangt am 3. Juli 1989) an, das Arbeitsamt Gänserndorf habe bei einer Kontrolle der Baustelle "XY, Gänserndorf" am 6. Juni 1989 festgestellt, daß dort von der K-KG neun namentlich genannte polnische Arbeitskräfte beschäftigt worden seien. Für die Ausländer habe weder eine Beschäftigungsbewilligung noch ein Befreiungsschein vorgelegt werden können. Der Vorarbeiter der K-KG, Herr M. habe angegeben, die Ausländer seien von der Firma B entliehen worden und würden seit Februar/März 1989 auf der Baustelle für die K-KG arbeiten. Unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. November 1974, Zl. 1912/73, vertrat das LAA NÖ die Ansicht, daß die K-KG als Entleiher (Beschäftiger) zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verpflichtet gewesen wäre. Gleichzeitig wurde ersucht, auch ein Strafverfahren nach § 22 Abs. 1 Z. 1 lit. c des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG) (Beteiligung als Überlasser oder Beschäftiger an einer unzulässigen grenzüberschreitenden Überlassung) einzuleiten, da es sehr wahrscheinlich sei, daß die B Ges.m.b.H. ein ausländischer Arbeitskräfteüberlasser sei.

In der Folge trat die BH "gem. § 29 VStG" die Anzeige "zur Durchführung des Strafverfahrens gegen den Verantwortlichen der K-KG" an die Bundespolizeidirektion St. Pölten ab, die diese wiederum "zuständigkeitshalber" an den Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten (im folgenden Magistrat bzw. Behörde erster Instanz) weiterleitete.

In den Verwaltungsakten findet sich eine Niederschrift vom 26. September 1989 über die Vernehmung des Beschwerdeführers als Beschuldigter wegen des Verdachtes der Übertretung nach dem AuslBG und dem AÜG. Danach behielt sich der Beschwerdeführer nach Übernahme von Aktenteilen eine schriftliche Stellungnahme vor.

In seiner Stellungnahme vom 9. Oktober 1989 brachte der durch die nunmehrigen Beschwerdevertreter vertretene Beschwerdeführer vor, die vom LAA NÖ in seiner Anzeige geäußerte Rechtsansicht treffe nicht zu. Arbeitgeber der ausländischen Arbeitskräfte sei der Verleiher, somit die

B Ges.m.b.H. gewesen, die auch zur Einholung einer allenfalls erforderlichen Beschäftigungsbewilligung verpflichtet gewesen wäre. Dies gelte auch für den Fall einer allfälligen Überlassung von Arbeitskräften an

Dritte. Das vom LAA NÖ zitierte Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis stamme aus der Zeit vor Inkrafttreten des AuslBG. Die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers werde auch durch das AÜG bestätigt, wonach die Überlassung zur Arbeitsleistung an Dritte an der Arbeitgeberbereiensechaft des Überlassers (Verleihers) nichts ändere (§ 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 AÜG). Eine zutreffende rechtliche Würdigung ergebe folgendes:

- Die B Ges.m.b.H. sei (nach dem AuslBG) ausschließlich antragslegitimiert und "verpflichtet" gewesen; ihr hätte aber als Überlasser von Arbeitnehmern keine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden dürfen (§ 4 Abs. 3 Z. 1 AuslBG).
- Sie hätte aber Inhaber von Befreiungsscheinen sowie anerkannte Konventionsflüchtlinge als Arbeitskräfte beschäftigen und überlassen können. Auch in diesen Fällen wäre die K-KG (nach dem AuslBG) niemals antragsverpflichtet bzw. meldepflichtig gewesen.
- Dem Beschwerdeführer könnte daher die vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht zur Last gelegt werden.

Der Beschwerdeführer beantrage in diesem Zusammenhang die Einvernahme des Prokuristen der K-KG D., des Vorarbeiters M. sowie der neun Polen, deren Anschriften über die B Ges.m.b.H. erhoben werden möge.

In seiner Stellungnahme vom 18. Dezember 1989 vertrat das LAA NÖ die Auffassung, der Beschwerdeführer habe die Tatsache, daß in seinem Betrieb ausländische Arbeitskräfte, die im Wege der Überlassung durch die B beschafft worden seien, unbestritten gelassen und lediglich die Arbeitgeberbereiensechaft der K-KG abgelehnt. Dem sei § 2 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 lit. a AuslBG entgegenzuhalten (Hinweis auf das Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnis vom 10. Dezember 1986, Zl. 84/09/0146). Die vertraglichen Beziehungen der K-KG zu den überlassenen ausländischen Arbeitskräften seien dadurch gegeben, daß sich die Arbeitskräfte den Arbeitsanordnungen der K-KG zu unterwerfen gehabt hätten. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG stelle auf die Beschäftigung von Ausländern ab (und nicht auf die Arbeitgeberbereiensechaft). Bei der vom Beschwerdeführer auch nicht bestrittenen Arbeitskräfteüberlassung werde aber derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebs eigene Aufgaben einsetze, als Beschäftigter bezeichnet (§ 3 Abs. 5 AÜG).

In seiner (zweiten) Äußerung vom 31. Jänner 1990 hielt dem der Beschwerdeführer entgegen, der bisher erhobene Sachverhalt lasse für die Annahme des LAA NÖ, es sei eine Beschäftigung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses erfolgt, weshalb die K-KG als inländischer Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich sei, einem Arbeitgeber gleichzuhalten wäre (§ 2 Abs. 3 lit. a AuslBG) und es seien die vertraglichen Beziehungen zu den angeblich überlassenen ausländischen Arbeitskräften dadurch gegeben, daß sich diese den Arbeitsanordnungen der K-KG zu unterwerfen gehabt hätten, keinen Raum. Aber selbst bei Annahme der unterstellten Anordnungsbefugnis gegenüber den ausländischen Arbeitskräften lägen noch keine vertraglichen Beziehungen zwischen den überlassenen Arbeitskräften und der K-KG vor.

Arbeitnehmerähnlichkeit läge nämlich nur dann vor, wenn nach einer Gesamtbeurteilung die Kriterien fremd bestimmter Arbeit im erheblichen Umfang gegeben seien. Aus dem (unterstellten) Faktum (allein), die Arbeitskräfte hätten sich den Anordnungen (der K-KG) zu unterwerfen gehabt, könne auf die Tatsache der Arbeitnehmerähnlichkeit (noch) nicht geschlossen werden. Wäre dem so, hätte es nicht der sondergesetzlichen Bestimmungen des AÜG bedurft, um für die Dauer der Beschäftigung ausdrücklich den Beschäftigter mit gewissen Pflichten des Arbeitgebers (Arbeitnehmerschutzvorschriften, Arbeitszeitschutz usw.) auszustatten. Einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis liege zwar kein Arbeitsvertrag, wohl aber eine sonstige vertragliche direkte Beziehung zugrunde (freier Mitarbeitervertrag, Bevollmächtigungsvertrag, Konsulentenvertrag etc.), aus der sich auf Grund einer Gesamtbeurteilung das Kriterium der Fremdbestimmtheit erschließen lasse. Als deren Kennzeichen gälten insbesondere regelmäßige Arbeitsleistungen auf längere Dauer, Bestreitung des Lebensunterhaltes zu einem nicht unerheblichen Teil aus den Einkünften der Tätigkeit, regelmäßige Bezahlung. Durch die B seien Arbeitskräfte niemals regelmäßig bzw. auf längere Zeit überlassen worden, weshalb auch das Element, daß ausländische Arbeitskräfte ihren Lebensunterhalt (direkt) aus Einkünften dieser Tätigkeit bestritten hätten, nicht zutrefte. Auch habe die K-KG keine regelmäßige Bezahlung direkt an die ausländischen Arbeitnehmer vorgenommen. Außerdem habe § 28 Abs. 1 AuslBG über den Verweis auf § 3 leg. cit. den Begriff "Arbeitgeber" rezipiert. Dies sei auch konsequent: Ein Unternehmen, das sich an ein Personalvermittlungsunternehmen mit dem Ersuchen um Überlassung von Arbeitskräften wende, solle nicht den den Arbeitgeber treffenden Strafbestimmungen des AuslBG ausgesetzt sein. Derjenige handle sorgfältig, der sich an ein dem äußeren Anschein nach ordnungsgemäß geführtes Personalbereitstellungsbüro wende. Die K-KG habe damit durchaus Maßnahmen getroffen, die unter hervorsehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten ließen. Die Sorgfaltsmaßstäbe dürften nicht überspannt werden: Auch bei einem Kauf werde dem Erwerber nicht zum Vorwurf gemacht, nicht nachgefragt zu haben, ob der Veräußerer über die entsprechenden Gewerbescheine bzw. sonstige behördliche Bewilligungen verfüge. Die K-KG habe davon ausgehen können, daß ein in Wien völlig offiziell niedergelassenes Personalbereitstellungsbüro Arbeitskräfte nur auf legalem Weg überlasse (vor allem unter Berücksichtigung der einem Arbeitgeber obliegenden Bestimmungen des AuslBG). Im übrigen sei anzumerken, daß bislang keine Erhebungen darüber gepflogen worden seien, wie lange die konkret eingesetzten Arbeitskräfte jeweils beschäftigt gewesen seien.

Dies wäre auch im Hinblick auf § 6 Abs. 2 AuslBG von erheblicher Bedeutung, da kurzfristige Leiharbeit auch für Ausländer zulässig sei.

In der Folge führte die Behörde erster Instanz Ermittlungen durch, ob die B Ges.m.b.H. bzw. die "E & C B GmbH, Sitz PI-00-517, Warszawa, 82 M-Straße (angebliche Anschrift in Österreich 1140 Wien)" im Handelsregister bzw. im Zentralgewerberegister aufscheine. Dies wurde von den befragten Stellen verneint. Auch eine Anfrage bei der NÖ bzw. der Wr GKK, ob die angetroffenen polnischen Ausländer im Jahr 1989 (insbesondere zum Tatzeitpunkt) sozialversichert gewesen seien, verlief negativ. In mehreren Schreiben (zuletzt im Schreiben vom 12. April 1990), wies das LAA NÖ unter Hinweis auf Ermittlungen des LAA Wien darauf hin, die Firma B habe keine in Österreich registrierte Niederlassung betrieben, sondern nur eine Geschäftsanbahnung für die B-Warschau gesucht (Hinweis auf die Angaben des Angestellten Ing. NN., der auch dem LAA Wien gegenüber angegeben hatte, die B betreibe keine Arbeitskräfteüberlassung; letztes Jahr sei dies im geringen Umfang erfolgt, er wisse aber darüber nicht näher Bescheid).

Der Aufforderung des Magistrates, den Schriftverkehr und den Vertrag mit der Firma B vorzulegen, hielt der Beschwerdeführer in seiner dritten Äußerung vom 14. September 1990 entgegen, die K-KG habe Adresse und Telefonnummer der B Ges.m.b.H. von einem anderen Unternehmen erhalten. Die Bestellung der überlassenen Arbeitskräfte sei durch telefonische Anfrage und nach anschließendem Besuch eines Vertreters der B Ges.m.b.H. bei der K-KG erfolgt. Die Verrechnung sei durch Überweisung auf ein inländisches Konto durchgeführt worden. Außerdem habe die B Ges.m.b.H. über eine inländische Steuernummer beim Finanzamt Graz-Stadt verfügt, auf das gleichfalls von der K-KG im Verrechnungsweg direkte Zahlungen geleistet worden seien. All dies sei geeignet gewesen, keinen Verdacht aufkommen zu lassen, daß es sich bei der B Ges.m.b.H. nicht um ein ordnungsgemäß in Österreich tätiges Unternehmen handle. Mit der B Ges.m.b.H. sei lediglich die Überlassung von Arbeitskräften an sich vereinbart worden, wobei davon auszugehen gewesen sei, daß sie für das ordnungsgerechte Vorliegen allenfalls erforderlicher Bewilligungen zu sorgen hätte. Schriftliche Unterlagen entsprechender Art bestünden nicht; außerdem müsse sich der Beschwerdeführer als Beschuldigter im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens durch Vorlage höchstpersönlicher Geschäftsunterlagen nicht "frei beweisen". Ein Unternehmen, das dringend auf den Einsatz von Arbeitskräften angewiesen sei, entspreche seiner Sorgfaltspflicht, wenn es mit einer Ges.m.b.H. in Kontakt trete, die dem äußeren Anschein nach als ordnungsgemäß tätiges Unternehmen in Wien ansässig sei und arbeite. Das LAA NÖ projiziere rückwirkend seinen eigenen Wissenshorizont, den er sich in über einem Jahr mühevoller Recherche, gestützt auf sämtliche Vorteile der Amtshilfe verschafft habe, auf die K-KG. Diese wäre im Zeitpunkt der Vertragsanbahnung bzw. des Vertragsabschlusses in keiner Weise auch nur annähernd imstande gewesen (und auch gar nicht verpflichtet), sich binnen kurzer Frist diese Informationen (denen zum Teil auch der Datenschutz entgegenstanden wäre) zu verschaffen. Der Beschwerdeführer habe damit einen Entlastungsbeweis im Bereich des Verschuldens sehr wohl erbracht. Das vorhandene Beweismaterial reiche überdies nicht aus, mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit anzunehmen, der Beschwerdeführer habe überhaupt ein verwaltungsstrafrechtlich verpöntes Verhalten gesetzt.

Mit Bescheid vom 8. Jänner 1992 stellte der Magistrat beide gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachtes der Übertretung des AuslBG und des AÜG geführten (aktenzahlmäßig bezeichneten) Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 3 VStG ein. Die Behörde erster Instanz begründete dies im wesentlichen damit, die BH Gänserndorf habe offensichtlich als Tatortbehörde das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 29 VStG an die Bundespolizeidirektion St. Pölten abgetreten. § 29 VStG sehe aber eine solche Möglichkeit nicht vor. Das Strafverfahren wäre daher wegen der St. Pöltener Anschrift des Beschwerdeführers gemäß § 29a VStG abzutreten gewesen, wobei aber die Übertretungen nach dem AÜG und dem AuslBG nicht in den Zuständigkeitsbereich der Bundespolizeibehörden fielen, weshalb ausschließlich die sachliche Zuständigkeit des Magistrates der Landeshauptstadt St. Pölten gegeben gewesen wäre. Eine rechtswirksame Abtretung könne aber nur von einer zuständigen Behörde erfolgen. Da die Abtretung der Bundespolizeidirektion St. Pölten von einer unzuständigen Behörde erfolgt sei, sei davon auszugehen, daß die Zuständigkeit des Magistrates für den Beschwerdefall nicht rechtswirksam begründet worden sei. Der Magistrat habe daher als unzuständige Behörde gehandelt; daher sei der Ladungsbescheid vom 15. September 1989 keine Verfolgungshandlung gemäß § 32 VStG gewesen. Nachdem der Tatzeitpunkt der 6. Juni 1989 sei, könne gemäß § 32 Abs. 2 VStG nunmehr auch keine rechtsgültige Verfolgungshandlung mehr gesetzt werden, weshalb die beiden Verwaltungsstrafverfahren wegen Vorliegens eines Verfahrensfehlers einzustellen gewesen seien.

In einer auf § 28a AuslBG gestützten Berufung gegen die Einstellung des Strafverfahrens nach dem AuslBG machte das LAA NÖ geltend, die BH Gänserndorf sei nicht Tatortbehörde, weil sich dort nur eine Baustelle, nicht aber der Sitz der K-KG befunden habe, der als Tatort anzusehen sei. Zufällig habe auch der Beschwerdeführer eine St. Pöltener Anschrift. Die BH habe daher weder nach § 29, noch nach § 29a VStG vorgehen können, sondern nur nach § 27 Abs. 1 VStG. Die Argumentation der Behörde erster Instanz gehe daher ins Leere, weil sie selbst die einzig sachlich und örtlich zuständige Behörde gewesen sei. Ihr Ladungsbescheid vom 15. September 1989 sei daher von der zuständigen Behörde erlassen worden und sei deshalb eine zum Ausschluß der Verfolgungsverjährung taugliche Verfolgungshandlung. Abschließend

beantragte das LAA die Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides und die Bestrafung des Beschwerdeführers wegen Übertretung des AuslBG.

Nach den vorgelegten Verwaltungsakten wurden keine weiteren Ermittlungen mehr angestellt. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 1. Juni 1992 gab die belangte Behörde der Berufung des LAA NÖ statt und hob den bekämpften Bescheid der Behörde erster Instanz ersatzlos auf (Spruchpunkt 1). An dessen Stelle entschied sie wie folgt in der Sache neu (Spruchpunkt 2):

"Sie haben es als gem. § 9 VStG 1950 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Fa. K-KG mit dem Sitz in St. Pölten zu verantworten, daß am 6. Juni 1989 auf der Baustelle XY-ÖMV in Gänserndorf die Ausländer (es folgt eine namentliche Aufzählung der neun polnischen Staatsangehörigen) entgegen § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. Nr. 253/1989 (AuslBG), beschäftigt wurden, für die weder Beschäftigungsbewilligungen (§ 4 AuslBG) erteilt noch Befreiungsscheine (§ 15 AuslBG) ausgestellt worden waren.

Sie haben dadurch § 28 Abs. 1 lit. a AuslBG übertreten."

Wegen dieser Übertretung verhängte die belangte Behörde über den Beschwerdeführer gemäß § 28 Abs. 1 AuslBG eine Geldstrafe von S 20.000,-- für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer (insgesamt S 180.000,--; Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) und legte die Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 VStG mit S 18.000,-- fest.

Begründend führte die belangte Behörde zu Spruchpunkt 1 aus, als Ort der Begehung (im Sinne des § 27 Abs. 1 VStG) sei jener Ort anzusehen, an welchem oder von welchem aus die Anordnung zur Vornahme der (konsenslosen) Beschäftigung der Ausländer gegeben worden sei, also der Sitz der Unternehmensleitung, weshalb die Behörde erster Instanz zur Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens zuständig gewesen sei. Die BH habe die Anzeige des LAA NÖ gemäß § 6 AVG in Verbindung mit §§ 26 Abs. 2 und 27 Abs. 1 VStG an die vermeintlich zuständige Behörde - die Bundespolizeidirektion St. Pölten - weitergeleitet. Die unrichtige rechtliche Qualifikation (§ 29 VStG) dieser Weiterleitung ändere nichts daran, daß sie gesetzmäßig erfolgt sei. Zutreffend habe die Bundespolizeidirektion St. Pölten die Anzeige ihrerseits an die Behörde erster Instanz abgetreten. Entgegen der Auffassung der Behörde erster Instanz liege daher eine rechtswirksame Zuständigkeitsübertragung vor; allein aus der Textierung der Bundespolizeidirektion St. Pölten "zuständigkeitshalber abgetreten" könne auch nicht zwangsläufig geschlossen werden, es wäre eine "§ 29a-Übertragung" erfolgt. Eher sei davon auszugehen, die als "Irrläufer" bezeichnete Eingabe sei aufgrund der oben angeführten Rechtsgrundlagen weitergeleitet worden. Verfehlt sei auch die Auffassung, beim Ladungsbescheid vom 15. September 1989 habe es sich um keine (taugliche) Verfolgungshandlung gehandelt, weil die Behörde erster Instanz unzuständig gewesen wäre. Eine Verfolgungshandlung liege nach § 32 Abs. 2 zweiter Halbsatz VStG nämlich auch dann vor, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig gewesen sei (was aber wegen der ohnehin gegebenen Zuständigkeit der Behörde erster Instanz ohne Belang sei). Es sei daher der Berufung Folge zu geben und der angefochtene Bescheid der Behörde erster Instanz wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben sowie an seiner Stelle neuerlich zu entscheiden gewesen.

Zum Spruchpunkt 2 führte die belangte Behörde aus, auch in den wie hier vorliegenden Fällen, in denen die ausländischen Arbeitskräfte weiterhin in einem Dienstverhältnis zu ihrem bisherigen (ausländischen) Unternehmen verblieben und im Rahmen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung einem Dritten (dem Beschwerdeführer als inländischen Arbeitgeber) zur Verfügung gestellt würden, dürften ausländische Arbeitskräfte in Österreich grundsätzlich erst nach Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung oder eines Befreiungsscheines beschäftigt werden. Da die ausländischen Arbeitnehmer ohne Beschäftigungsbewilligung oder Befreiungsschein beschäftigt worden seien, sei gemäß § 28 Abs. 1 AuslBG eine zu bestrafende Verwaltungsübertretung vorgelegen. § 2 Abs. 3 AuslBG stelle klar, daß die Pflichten des Arbeitgebers auch für jene Personen gelten würden, die zwar nicht Arbeitgeber im arbeitsvertragsrechtlichen Sinn seien, die aber die Arbeitskräfte aus einem anderen Titel beschäftigten, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung vorgeschrieben sei. Diese seien den Arbeitgebern im Sinne des AuslBG gleichgestellt. Als solche käme der Inhaber des inländischen Betriebes, in dem der Ausländer auf Grund eines Rechtsverhältnisses zwischen diesem inländischen Betriebsinhaber (Firma K-KG) und dem ausländischen Arbeitgeber (Firma B) des Ausländers beschäftigt werde (Hinweis auf Schnorr, AuslBG, Seite 34) in Betracht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei der Beschwerdeführer als Gewerbetreibender verpflichtet, sich mit der einschlägigen Rechtslage vertraut zu machen. Dazu gehöre zweifellos auch die Gewerbeordnung. Ein Blick in die GewO hätte gezeigt, daß das Gewerbe "Überlassung von Arbeitskräften" der Konzessionspflicht unterliege. Vom Vorliegen dieser Konzession hätte sich der Beschwerdeführer in einfacher Weise, nämlich durch das Verlangen nach deren Vorlage, überzeugen können. Da dies nicht einmal vom Beschwerdeführer behauptet worden sei, sei davon auszugehen, daß dies unterblieben sei. Die Versuche des Beschwerdeführers der Behörde glaubhaft zu machen, es hätte sich bei der Firma B um ein seriöses Unternehmen zur Arbeitskraftüberlassung gehandelt und der Beschwerdeführer sei seiner Sorgfaltspflicht im vollen Umfang nachgekommen, gingen daher ins Leere. Als Beschäftiger wäre es Pflicht des Beschwerdeführers gewesen, sich vor Arbeitsaufnahme davon zu überzeugen, daß Beschäftigungsbewilligungen oder Befreiungsscheine für die namentlich genannten

Ausländer vorlägen. Da dies der Beschwerdeführer nicht behauptet habe, sei den diesbezüglichen Beweisanträgen nicht nachzukommen gewesen.

Der Beschwerdeführer habe darüber hinaus seine Behauptung, nicht sein Unternehmen, sondern eine gewisse Firma "B" sei tatsächlich Arbeitgeber der genannten Ausländer gewesen, durch kein entsprechendes Beweismittel untermauert. In seiner Stellungnahme vom 14. September 1990 habe er selbst angegeben, daß "keine schriftlichen Unterlagen entsprechender Art existieren". Tatsache sei, daß das genannte Unternehmen weder an der angegebenen Adresse noch bei der Gewerbebehörde oder dem Handelsregister bekannt sei. Somit habe sich ergeben, daß der Beschwerdeführer nicht mit der zu Gebote stehenden und zumutbaren Sorgfalt vorgegangen sei. Sein Verhalten könne weder einen Schuldausschließungsgrund noch einen Tatbild- oder Verbotsirrtum begründen.

Auf Grund der erstinstanzlichen Ermittlungen werde als zweifelsfrei erwiesen angenommen, daß der Beschwerdeführer die Ausländer in einem Arbeitsverhältnis verwendet, somit beschäftigt habe.

In der Folge führte die belangte Behörde näher die für die Strafbemessung maßgebenden Überlegungen aus. Ergänzend wies sie noch darauf hin, ungeachtet der Feststellung des Verfassungsgerichtshofes, daß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 231/1988 verfassungswidrig gewesen sei (Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1991, G 294/91; vgl. auch Kundmachung, BGBl. Nr. 105/1991), sei diese Bestimmung im Beschwerdefall anzuwenden gewesen, weil kein Anlaßfall vorgelegen sei.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof, der jedoch mit Beschluß vom 22. März 1993, B 722/92 u.a. (darunter auch die unter B 922/92 protokollierte Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den auch beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid) deren Behandlung ablehnte und sie antragsgemäß nach Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof abtrat.

Der Beschwerdeführer macht in seiner Verwaltungsgerichtshof-Beschwerde Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 2 Abs. 2 und 3 lit. a AuslBG in der Fassung der Novelle

BGBl. Nr. 231/1988 lauteten:

"(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 oder
- d) nach den Bestimmungen des § 18.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

- a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, und
- ..."

Durch die Novelle BGBl. Nr. 450/1990 (Art. I Z. 2) wurde in § 2 Abs. 2 das Wort "oder" am Ende der lit. c durch einen Beistrich und der Punkt am Ende der lit. d durch das Wort "oder" ersetzt und folgende lit. e eingefügt:

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

Ferner wurde durch diese Novelle (Art. I Z. 3) folgende lit. c in § 2 Abs. 3 AuslBG angefügt:

"c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes."

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG (Stammfassung - BGBl. Nr. 218/1975) 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 einen Befreiungsschein besitzt.

§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 231/1988 lautete (auszugsweise):

"(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 ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde, oder ...

...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 5.000 S bis 60.000 S, im Wiederholungsfalle von 10.000 S bis 120.000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 10.000 S bis 120.000 S, im Wiederholungsfalle von 20.000 S bis 240.000 S;"

§ 28a AuslBG (eingefügt durch Art. I Z. 45 der Novelle BGBl. Nr. 450/1990) lautet:

"Das Landesarbeitsamt hat im Verwaltungsstrafverfahren Parteistellung und ist berechtigt, gegen Bescheide, die in letzter Instanz ergangen sind, wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben."

Nach § 34 Abs. 1 AuslBG (in der Fassung der genannten Novelle) sind unter anderem die hier genannten Bestimmungen am 1. Oktober 1990 in Kraft getreten. Übergangsbestimmungen, die sich auf § 2 Abs. 2 lit. e und Abs. 3 lit. c sowie § 28a AuslBG beziehen, enthält die Novelle nicht.

Unter Hinweis auf seine Ausführungen in der Verfassungsgerichtshof-Beschwerde bringt der Beschwerdeführer auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof vor, § 2 Abs. 2 lit. e und § 2 Abs. 3 AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 450/1990 normierten verfassungsrechtlich unzulässig (insbesondere Verstoß gegen Art. 7 MRK) eine Rückwirkung, weil sie mangels einer Übergangsbestimmung, wonach bisher anhängige Verfahren nach den bisherigen Bestimmungen zu Ende zu führen seien, auch für Taten vor Inkrafttreten dieser Novelle (die bisher nicht strafbar gewesen seien) Anwendung finde.

Der Beschwerdeführer übersieht die Bestimmung des § 1 Abs. 2 VStG, wonach sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht richtet, es sei denn, daß das zur Zeit der Fällung des Bescheides erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre. Letzteres ist nicht der Fall, sodaß im Beschwerdefall das AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 231/1988 für die Beurteilung der Strafbarkeit anzuwenden war und auch von der belangten Behörde angewendet wurde (in diesem Sinn auch bereits der oben zitierte Ablehnungsbeschluß des Verfassungsgerichtshofes). Die Novelle BGBl. Nr. 450/1990 hat auch keine hievon abweichende Übergangsregelung geschaffen.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid zutreffend dargelegt, daß dem die Verfassungswidrigkeit des § 28 Abs. 1 lit. a AuslBG (in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 231/1988) feststellenden Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1991, G 294/91, nur Wirkung für den dort (erweiterten) Anlaßfall zukommt, der Beschwerdefall aber kein Anlaßfall im Sinne dieses Erkenntnisses ist. Die betroffene Norm ist daher auch auf von der Feststellung nicht erfaßte Fälle weiterhin anzuwenden. Eine Norm, deren Verfassungswidrigkeit vom Verfassungsgerichtshof bereits festgestellt wurde, kann auch nicht neuerlich Gegenstand eines Gesetzesprüfungsverfahrens sein (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. März 1993, Zl. 92/09/0230, mit weiteren Hinweisen).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers findet auch mangels einer Übergangsbestimmung die (verfahrensrechtliche) Bestimmung des § 28a AuslBG auf alle Strafverfahren Anwendung, die - wie der Beschwerdefall - am 1. Oktober 1990 noch nicht rechtskräftig abgeschlossen waren. In diesem Fall ist weder das Rückwirkungsverbot noch das Günstigkeitsprinzip (§ 1 VStG und Art. 7 MRK) anzuwenden. Die im § 28a AuslBG eingeräumte Parteistellung des Landesarbeitsamtes umfaßt auch das Recht der Berufung (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Mai 1993, Zl. 92/09/0031).

Ferner rügt der Beschwerdeführer, die Zuständigkeit des Magistrates der Landeshauptstadt St. Pölten sei zu Unrecht bejaht worden. Die hiefür maßgebende Begründung, der Sitz der Unternehmensleitung sei jener Ort, von dem aus die Anordnung der Vornahme der (konsenslosen) Beschäftigung der Ausländer gegeben worden sei, beruhe auf einer Annahme, die ohne jegliches Beweisverfahren getroffen worden sei. Allenfalls wäre es zulässig gewesen, die Verwaltungsstrafsache der zuständigen Behörde (nämlich der BH Gänserndorf) zu übertragen. Bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften wäre die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid (nämlich zur Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides und Übertragung der Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens an die BH Gänserndorf) gekommen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch bei Übertretungen gegen § 28 AuslBG im Zweifel der Sitz des Unternehmens des Arbeitgebers der Tatort ist, denn dort wird in der Regel die gegebenenfalls nach diesem Gesetz verpönte Beschäftigung (§ 2 AuslBG) ausländischer Arbeitskräfte eingegangen bzw. wäre von dort aus die allenfalls fehlende Beschäftigungsbewilligung zu beantragen gewesen (vgl. dazu z.B. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. April 1993, Zl. 92/09/0377, sowie vom 8. September 1993, Zl. 93/09/0160). Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde selbst nichts vorgebracht, was gegen diese Annahme sprechen würde (vgl. im übrigen auch seine Angaben vom 14. September 1990 über das Zustandekommen der Vereinbarung mit der B Ges.m.b.H.). Die belangte Behörde hat daher zutreffend erkannt, daß der als Behörde erster Instanz eingeschrittene Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten (auch in Verbindung mit der St. Pöltener Wohnanschrift des Beschwerdeführers) - unbeschadet der Abtretungsvorgänge - schon gemäß § 27 Abs. 1 VStG (demnach ist die Behörde örtlich zuständig, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten ist) örtlich zuständig war. Da die Behörde erster Instanz das

gegen den Beschwerdeführer eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren letztlich mit der (unzutreffenden) Begründung nach § 45 Abs. 1 Z. 3 VStG eingestellt hat, eine taugliche Verfolgungshandlung sei gegen den Beschwerdeführer innerhalb der Verjährungsfrist nicht erfolgt und nicht mehr möglich (und sich daher nicht bloß auf die Feststellung ihrer vermeintlichen örtlichen Unzuständigkeit beschränkt hat), war es auch nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde - sofern sie zutreffend die Strafbarkeit des Beschwerdeführers bejahen konnte - im Rahmen des § 66 Abs. 4 AVG eine Verurteilung des Beschwerdeführers aussprach.

Der Beschwerdeführer bringt ferner unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes vor, bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung (von der die belangte Behörde ausgegangen sei) sei zum Tatzeitpunkt (6. Juni 1989) eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gar nicht erforderlich gewesen. Dafür hätte es nur einer Bewilligung nach § 16 AÜG bedurft (Hinweis auf Schnorr, AuslBG, Seite 49). Eine Beschäftigungsbewilligung für diesen Fall sei erst durch die Novelle BGBl. Nr. 450/1990 (§ 2 Abs. 2 lit. e und Abs. 3 lit. c sowie § 4 Abs. 3 Z. 8 AuslBG) geschaffen worden.

Diese Rechtsauffassung teilt der Verwaltungsgerichtshof nicht. Wie er bereits in seinem Erkenntnis vom 22. April 1993, Zlen. 92/09/0347 und 0349, ausgesprochen hat, auf das zur Vermeidung von Wiederholungen nach § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, hindert die (allfällige) Strafbarkeit (hier: des Beschäftigers) einer unzulässigen grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach § 22 Abs. 1 Z. 1 lit. c AÜG nicht die (in Idealkonkurrenz gegebene) Strafbarkeit nach dem AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 231/1988 (sofern die Verwendung von Arbeitskräften durch den inländischen Beschäftiger als ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis anzusehen war).

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht der Beschwerdeführer geltend, die Behörde habe gegen § 25 Abs. 2 VStG verstoßen. Sie sei verpflichtet gewesen, alle sich ihr bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anböten oder sich als sachdienlich erweisen könnten. So sei sie nicht auf seine Stellungnahme eingegangen, daß ungeachtet der Abgrenzung zwischen AÜG - AuslBG die B nach dem AuslBG berechtigt gewesen wäre, Inhaber von Befreiungsscheinen sowie Konventionsflüchtlinge als Arbeitskräfte zu beschäftigen und zu überlassen sowie Ausländer, die mit einem österreichischen Staatsbürger verheiratet seien. Der Beschwerdeführer habe hiezu die Einvernahme sämtlicher Beschäftigter beantragt. Es sei auch nicht geprüft worden, ob für die neun Polen Beschäftigungsbewilligungen oder Befreiungsscheine existierten, was der Behörde im Rahmen der Rechtshilfe möglich gewesen wäre. Die belangte Behörde habe sich damit begnügt, die Mitteilungen aus der Anzeige "solche seien nicht vorgelegen" zu übernehmen. Ungeprüft sei auch die vom Beschwerdeführer behauptete Ausnahme nach § 6 Abs. 2 AuslBG geblieben (kurzfristige Beschäftigung des Ausländers auf einem anderen Arbeitsplatz). Damit sei der Sachverhalt in einem für den Verfahrensausgang wesentlichen Punkt ergänzungsbedürftig geblieben.

Auch dieses Vorbringen kann der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen.

Im Beschwerdefall ist die belangte Behörde nach der Begründung des angefochtenen Bescheides von einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen und hat die Arbeitgebereigenschaft im Hinblick auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem inländischen Unternehmen, für das der Beschwerdeführer gemäß § 9 VStG unbestritten einzustehen hat und dem ausländischen Arbeitgeber der eingesetzten Arbeitskräfte bejaht. Der Beschwerdeführer ist dieser Feststellung, es liege eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vor, in der Beschwerde nicht entgegengetreten. Er hat auch im Verwaltungsverfahren niemals behauptet, der Einsatz der ausländischen Arbeitskräfte sei zur Erfüllung einer Verpflichtung erfolgt, die die B als Auftragnehmer auf Grund eines Werkvertrages gegenüber der K-KG als Besteller zu erfüllen gehabt hätte, sodaß eine bloße Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen betriebsentsandter Ausländer durch die K-KG im Sinn des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG von vornherein ausscheidet. Lag aber ein Fall der Arbeitskräfteüberlassung vor, konnte die belangte Behörde unbedenklich davon ausgehen, daß die K-KG als Beschäftiger Einfluß auf die Arbeitseinteilung und Kontrolle über die bei ihr eingesetzten polnischen Arbeitskräfte hatte. Damit liegt aber jedenfalls ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG vor (zur Maßgeblichkeit des Beschäftigungsbegriffes des § 2 Abs. 2 für § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG sowie dazu, daß die oben genannten Kriterien das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses indizieren siehe das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. Dezember 1986, Zl. 84/09/0146).

Soweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde wie bereits im Verwaltungsverfahren das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bestritten hat und der Behörde in diesem Zusammenhang ein mangelhaftes Ermittlungsverfahren vorwirft, ist ihm folgendes zu erwidern:

Im Verwaltungsverfahren hatte der Beschwerdeführer nicht behauptet, daß für die eingesetzten ausländischen Arbeitskräfte konkret Sicherungsbescheinigungen (das Vorliegen von Beschäftigungsbewilligungen wird erstmals in der Beschwerde behauptet) bzw. bestimmte Ausnahmetatbestände (vom Geltungsbereich des AuslBG) vorgelegen seien. Vielmehr wurde dies als bloße Möglichkeit einer denkbaren rechtlichen Konstruktion angesehen, die nach Auffassung des Beschwerdeführers zum legalen Einsatz der Ausländer geführt hätte, wobei der Beschwerdeführer stets davon ausging, daß der K-KG - ungeachtet des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung - nicht die

Eigenschaft als Arbeitgeber im Sinn des AuslBG zukäme, sondern dies nur für die B zutreffe. Dies beruht jedoch - wie oben dargelegt - auf einer verfehlten Rechtsansicht: vielmehr wäre der Beschwerdeführer bei der gegebenen Sachlage als verantwortliches Organ nach § 9 VStG verpflichtet gewesen, sich vom Vorliegen von Befreiungsscheinen bzw. der geltend gemachten Ausnahmetatbestände selbst für die K-KG zu überzeugen oder jedenfalls konkret zu behaupten, diese seien vorgelegen. Bloßen Erkundigungsbeweisen, wie sie der Beschwerdeführer für sein hypothetisches Vorbringen im Verwaltungsverfahren angeboten hat, hat die Behörde jedoch nicht nachzugehen.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers war die belangte Behörde auch nicht nach § 44a lit. a (jetzt Z. 1) VStG verpflichtet, die Art des Beschäftigungsverhältnisses (im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG) im Spruch aufzunehmen, weil dies zur Konkretisierung der Tatumschreibung vor dem Hintergrund der hiefür maßgebenden Rechtsschutzüberlegungen nicht erforderlich ist (vgl. zu letzteren VwSlg. 11.894 A/1985).

Damit erweist sich jedoch die Beschwerde, soweit sie sich gegen den Schuldspruch richtet, als unbegründet.

Zum Strafausspruch ist zu bemerken, daß der Beschwerdeführer die Höhe der verhängten Geldstrafe nicht bekämpft hat; auch dem Verwaltungsgerichtshof ist auf Grund der Aktenlage nicht erkennbar, daß die belangte Behörde bei der Festsetzung der Geldstrafen die Grenzen des ihr vom Gesetzgeber eingeräumten Ermessens überschritten hat.

Gesetzwidrig ist jedoch die Verhängung einer (Gesamt)Ersatzarreststrafe ohne Differenzierung nach den neun dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 19. Februar 1993, Zl. 92/09/0307). Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes sind ferner die Kosten des Berufungsverfahrens (§§ 64, 65 VStG) dem Bestraften nur dann aufzuerlegen, wenn er auch der Berufungswerber ist (vgl. dazu näher das hg. Erkenntnis vom 19. Mai 1993, Zl. 92/09/0031), weshalb im Beschwerdefall die Kostenvorschreibung hätte entfallen müssen.

Aus diesen Gründen war daher der im Spruchpunkt 2 des angefochtenen Bescheides enthaltene Strafausspruch, soweit er eine (Gesamt)Ersatzfreiheitsstrafe und eine Vorschreibung zu den Kosten des Strafverfahrens enthielt, gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben, im übrigen jedoch die Beschwerde nach § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung, BGBl. Nr. 104/1991. Der Ersatz der Umsatzsteuer und der Schriftsatzaufwand sind bereits durch den pauschalierten Schriftsatzaufwand in der Höhe von S 11.120,- abgegolten.