

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

19.05.1993

Geschäftszahl

92/09/0031

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 K in N, vertreten durch Dr. C, Rechtsanwalt in N, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 16. Dezember 1991, Zl. VwSen - 250042/17/Gf/Kf, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit und Soziales), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.420,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Schreiben vom 26. März 1990 stellte die W. GesmbH, bei der der Beschwerdeführer, der als verantwortlicher Beauftragter nach § 9 Abs. 2 VStG im Beschwerdefall zur Verantwortung gezogen wurde, als kaufmännischer Angestellter beschäftigt ist, beim Arbeitsamt den Antrag, ihr eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz für den jugoslawischen Staatsangehörigen S.B. für die Tätigkeit als Schlosser (Entlohnung: S 81,84 pro Stunde brutto) zu erteilen. Unbestritten wurde der W. GesmbH die beantragte Bewilligung für S.B. für die Tätigkeit als Schlosser erteilt.

Nach der Aktenlage legte die W. GesmbH mit Schreiben vom 15. April 1991 dem Arbeitsamt eine Lohnbestätigung vor, aus der hervorgeht, daß S.B. ab 2. Mai 1990 als BEIFÄHRER beschäftigt wurde. Er habe vom 2. Mai 1990 bis 28. Februar 1991 einen Bruttostundenlohn in Höhe von S 58,20 zuzüglich der 20-%igen Schmutzzulage von S 11,64 (Gesamtsumme: S 69,84) bezogen. Ab 1. März 1991 beziehe S.B. infolge einer Lohnerhöhung einen Bruttostundenlohn in Höhe von S 62,-- (+ 20-%ige Schmutzzulage:

S 12,40; Gesamtsumme: S 74,40). Diesem Schreiben war eine Kopie des Jahreslohnkontos für die Zeit vom 2. Mai 1990 bis 31. März 1991 angeschlossen.

Auf Grund einer Anzeige des Arbeitsamtes sprach der Magistrat nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens (Strafverhandlung mit dem Beschwerdeführer vom 5. Juli 1991, bei der unter anderem auch seine Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse festgestellt wurden; Stellungnahme des Landesarbeitsamtes Oberösterreich vom 18. Juli 1991) mit Bescheid vom 1. August 1991 aus, der Beschwerdeführer habe es als verantwortlicher Beauftragter der W. GesmbH im Sinne des § 9 VStG zugelassen und sei daher schuldig, daß S.B. vom 2. Mai 1990 bis 24. Mai 1991 in dieser Firma nicht im beruflichen Geltungsbereich laut Beschäftigungsbewilligung (Schlosser mit Entlohnung von S 81,84 stündlich; tatsächlich:

Beifahrer mit S 58,20) beschäftigt worden sei. Er habe hiedurch

§ 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 3 im Zusammenhang mit

§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes,

BGBI. Nr. 218/1975 in der geltenden Fassung (im folgenden AuslBG) verletzt. Die Behörde erster Instanz sprach eine Ermahnung nach § 21 VStG aus. Begründend führte sie aus, von einer Verhängung einer Strafe werde im Hinblick auf die Angaben des Beschwerdeführers in der Strafverhandlung abgesehen. S.B. sei zwar zu einem geringeren Stundensatz als im Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung angeführt, entlohnt

worden, sei jedoch im Rahmen der maschinellen Möglichkeiten der W. GesmbH für Schlosserarbeiten herangezogen worden. In Anbetracht der bisherigen Unbescholtenheit des Beschwerdeführers sowie unter Berücksichtigung der Tatsache, daß in der Zwischenzeit bereits vom zuständigen Arbeitsamt eine Beschäftigungsbewilligung für den betreffenden Ausländer als Maschinenarbeiter (nämlich am 24. Mai 1991) erteilt worden sei, sei die Erteilung einer Ermahnung im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Beschwerdeführers angemessen.

In ihrer auf § 28a AuslBG gestützten Berufung brachte das Landesarbeitsamt Oberösterreich im wesentlichen vor, es stehe unbestritten fest, daß S.B. nicht oder nur teilweise der für ihn als Schlosser erteilten Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG gemäß eingesetzt worden sei. Es wäre sinnwidrig, wenn eine arbeitsmarktpolitische Prüfung im Hinblick auf eine bestimmte Berufssparte durchzuführen sei und hierfür eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werde, wenn der Dienstgeber danach den Ausländer ohnehin in jeder benötigten Verwendung beschäftigen könne, möglicherweise auch in einem Bereich, für den ihm vielleicht auf Grund der Arbeitsmarktlage gar keine Beschäftigungsbewilligung hätte erteilt werden können. Hätte sich tatsächlich erst nachträglich herausgestellt, daß der Ausländer nicht in der beantragten Tätigkeit im Betrieb eingesetzt werden könne (was nicht sehr glaubwürdig sei; eher sei anzunehmen, daß von vornherein um Beschäftigungsbewilligung in einem betrieblichen Bereich angesucht worden sei, in dem die größten Chancen für die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung gesehen worden seien), hätte der Beschwerdeführer um eine Beschäftigungsbewilligung für den neuen Tätigkeitsbereich ansuchen müssen. Für die im Beschwerdefall unerlaubte Beschäftigung im Sinne des AuslBG habe der Beschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich einzustehen. Es werde beantragt, den erstinstanzlichen Bescheid zu beheben und über den Beschwerdeführer zumindest die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe zu verhängen.

Sowohl die Behörde erster Instanz als auch der Beschwerdeführer verzichteten ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

In seiner Stellungnahme vom 9. Dezember 1991 brachte der Beschwerdeführer im wesentlichen vor, es stehe nicht fest, daß S.B. nicht oder nur teilweise der Beschäftigungsbewilligung gemäß beschäftigt worden sei. Die W. GesmbH betreibe einen Entsorgungsbetrieb. Die eingesetzten Geräte (Hochdruckgeräte; spezielle Kammerfilterpresse) seien auf Grund der starken maschinellen Belastung ungleich störanfälliger als einfachere Maschinen. Insbesondere bei längeren Einsätzen habe es sich daher bewährt, zur Vermeidung langer Standzeiten bei Maschinendefekten von vornherein einen Schlosser mitzugeben. Wenn somit S.B. für derartige Einsätze von Zeit zu Zeit verwendet worden sei, sei er naturgemäß auch gleichzeitig "Beifahrer" gewesen. In diesem Sinn sei die Lohnbestätigung der W. GesmbH vom 15. April 1991 zu verstehen. Sie sei auch unpräzise: Folgende Bruttoentlohnung sei S.B. auf Grund einer Betriebsvereinbarung je Stunde zugestanden - Beifahrer S 62,--;

Schmutzzulage S 12,40; EZ (fallweise) S 13,--; Diäten S 22,50;

Summe S 109,90. Selbst wenn den Diäten Mehrauslagen gegenüberstünden und man sie deshalb nicht berücksichtigen wolle, verbliebe immer noch ein Stundenentgelt von zumindest S 81,84, sodaß von einer Unterentlohnung keine Rede sein könne. Das Antragsformular für die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung spreche von "Entlohnung", ohne diesen Begriff weiter zu präzisieren. Selbst wenn man aus komplexen rechtlichen Überlegungen heraus den (unrichtigen) Standpunkt vertreten wollte, Diäten und Zuschläge seien nicht Bestandteil des Stundenlohnes, bleibe die Tatsache, daß dieser "Rechtsirrtum" dem Beschwerdeführer jedenfalls nicht vorgeworfen werden könne. Abschließend stellte der Beschwerdeführer den Antrag, die Berufung des Landesarbeitsamtes Oberösterreich abzuweisen und den erstinstanzlichen Bescheid zu bestätigen, in eventu diesen Bescheid aufzuheben und der ersten Instanz die neuerliche Entscheidung aufzutragen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 16. Dezember 1991 gab die belangte Behörde der Berufung des Landesarbeitsamtes Oberösterreich statt (Spruchpunkt I). Der Beschwerdeführer sei als gemäß § 9 VStG bestellter Vertreter der Fa. W. GesmbH daher schuldig, den jugoslawischen Staatsbürger S.B. in der Zeit vom 2. Mai 1990 bis 24. Mai 1991 in dieser Firma nicht in dem der Beschäftigungsbewilligung entsprechenden Berufsbereich beschäftigt sowie diesen mit einem der Beschäftigungsbewilligung widersprechenden Entgelt entlohnt zu haben; er habe hiedurch die Verwaltungsübertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG begangen und werde hierfür mit einer Geldstrafe von S 5.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: ein Tag) bestraft. Nach Spruchpunkt II wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG für das Verfahren des Unabhängigen Verwaltungssenates einen Kostenbetrag von S 1.000,-- zu leisten.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung der Rechtslage (§§ 3 und 4 Abs. 1 AuslBG in der Fassung zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 36/1991) unter Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens aus, sie habe durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt der Behörde erster Instanz Beweise erhoben. Da aus diesem der Sachverhalt hinreichend geklärt erschienen sei und die Parteien überdies auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet hätten, habe gemäß § 51e Abs. 3 VStG von ihr abgesehen werden können. Im Zuge dieser Beweisaufnahme sei der oben festgestellte Sachverhalt (gemeint ist der im Verwaltungsgeschehen geschilderte Sachverhalt) als erwiesen festgestellt worden. In der Sache selbst sei davon auszugehen, daß nach § 21 Abs. 1 VStG bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen nach ständiger Rechtsprechung von der Verhängung der Strafe abzusehen sei (und keine Ermessensbestimmung vorliege). Es sei daher zu prüfen gewesen, ob die Behörde erster Instanz zu Recht davon ausgegangen sei, daß einerseits das Verschulden des Beschwerdeführers geringfügig und andererseits die Folgen der Übertretung

unbedeutend gewesen seien. Ausgehend von den Angaben im Schreiben vom 15. April 1991 und dem Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung vom 26. März 1990 an das Arbeitsamt gelangte die belangte Behörde zur Auffassung, der Beschwerdeführer habe seinen ausländischen Arbeitnehmer über ein Jahr lang abweichend von der ihm erteilten Beschäftigungsbewilligung verwendet - in seiner Stellungnahme zur Berufung werde weder behauptet noch gar ein Beweis dafür angeboten, daß der Arbeitnehmer nur als Schlosser eingesetzt worden wäre - und entgegen dieser dabei einen zunächst um ca. 30-%igen niedrigeren und in den letzten drei Monaten einen um ca. 25 % niedrigeren Bruttostundenlohn (ohne Berücksichtigung einer adäquaten Lohnerhöhung seit dem 1. März 1991) bezahlt zu haben; er habe hiedurch den Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG erfüllt. Der Stellungnahme im Berufungsverfahren (unpräzise Angaben in der Lohnbestätigung) komme schon deshalb keine Bedeutung zu, weil diese nur auf eine (im übrigen nicht vorgelegte) Betriebsvereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer gestützt werde. Auf Grund der überlangen Dauer der vereinbarungswidrigen Verwendung seines Arbeitnehmers könne in diesem Zusammenhang nicht von einem geringfügigen Verschulden im Sinne des § 21 Abs. 1 VStG ausgegangen werden, noch dazu, wo der Gewerbetreibende nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu verpflichtet sei, sich über die für seinen Tätigkeitsbereich maßgeblichen Rechtsvorschriften Kenntnis zu verschaffen. Schon aus diesem Grund sei die belangte Behörde rechtsirrig von der Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG ausgegangen. Zudem seien auch die Folgen der Verwaltungsübertretung keineswegs unbedeutend:

Von den generalpräventiven Zwecken dieser Strafnorm abgesehen sei es weder von vornherein von der Hand zu weisen, daß durch die Vorgangsweise des Beschwerdeführers ein Arbeitsplatz vorenthalten worden sei, noch daß der widerrechtlich beschäftigte ausländische Arbeitnehmer bei einem anderen Unternehmen zu besseren Lohnbedingungen einen Arbeitsplatz gefunden hätte. Aus diesen Gründen sei daher der angefochtene Bescheid aufzuheben und antragsgemäß die gesetzliche Mindeststrafe von S 5.000,-- sowie gemäß § 16 Abs. 2 VStG eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag als schuldangemessen zu verhängen gewesen.

Bei diesem Verfahrensergebnis sei dem Beschuldigten gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 VStG ein Kostenbeitrag für das Strafverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat in Höhe von 20 % der verhängten Strafe, das seien S 1.000,--, aufzuerlegen gewesen. Diese Verpflichtung resultiere aus dem der angesprochenen Norm innewohnenden Sinn, daß dem Beschuldigten ein Beitrag zu den Kosten stets dann vorzuschreiben sei, wenn das angefochtene Straferkenntnis durch die Berufungsentscheidung nicht zu seinen Gunsten abgeändert worden sei (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. August 1991, Zl. 91/09/0022).

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Vorweg ist folgendes festzuhalten:

Der Gesetzgeber hat die bescheidmäßige Ermahnung des Beschuldigten nur für jene Fälle vorgesehen, in welchen an sich die Voraussetzungen für die Verhängung einer Strafe gegeben sind (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Oktober 1972, Zl. 740/72). Das Absehen von der Strafe gemäß § 21 VStG bzw. der Ausspruch einer Ermahnung im Sinne dieser Bestimmung setzt demnach die Begehung einer Verwaltungsübertretung voraus (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. April 1983, Zl. 82/10/0193). Ein derartiger Bescheid hat also einen Schuldspruch und im Fall des § 21 Abs. 1 zweiter Satz VStG den Ausspruch der Ermahnung zu enthalten. Schuldspruch und Ausspruch der Ermahnung sind trennbar.

Die Berufung des Landesarbeitsamtes Oberösterreich richtete sich im Beschwerdefall ausschließlich gegen die gegenüber dem Beschwerdeführer von der Behörde erster Instanz ausgesprochene Ermahnung: Gegenstand des Berufungsverfahrens war demnach ausschließlich die Frage, ob die Behörde erster Instanz zutreffend das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 21 Abs. 1 VStG bejahen konnte oder nicht. Der angefochtene Bescheid hat - wie sich auch aus seiner Begründung ergibt - die Grenzen dieses (eingeschränkten) Verfahrensgegenstandes nicht überschritten. Der im Spruchabschnitt I des angefochtenen Bescheides auch enthaltene Schuldspruch ist bloß eine Wiederholung des erstinstanzlichen Schuldspruches; ihm kommt keine eigene normative Bedeutung zu. Es ist daher davon auszugehen, daß der Schuldspruch der Behörde erster Instanz in Teilrechtskraft erwachsen ist. Soweit ein Teil der Ausführungen der Beschwerde auch als gegen den Schuldspruch gerichtet verstanden werden könnte, ist er rechtlich ohne Bedeutung.

Die Beschwerde richtet sich ihrerseits gegen beide Spruchabschnitte des angefochtenen Bescheides, die trennbar sind.

Zum Spruchabschnitt I (Verhängung einer Geldstrafe wegen Übertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG)

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 450/1990 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 eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15)

ausgestellt wurde ... bei unberechtigter Beschäftigung von

höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von S 5.000,-- bis zu S 60.000,-- ...

Nach § 6 Abs. 1 ist die Beschäftigungsbewilligung für einen Arbeitsplatz zu erteilen und gilt für den Bereich eines Arbeitsamtes. Der Arbeitsplatz ist durch die berufliche Tätigkeit und den Betrieb bestimmt.

Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung ist eine Änderung der Beschäftigungsbewilligung nicht erforderlich, wenn der Ausländer für eine verhältnismäßig kurze, eine Woche nicht übersteigende Zeit auf einen anderen Arbeitsplatz beschäftigt wird. Für einen längeren Zeitraum ist eine neue Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Wenn unter Aufrechterhaltung des Beschäftigungsverhältnisses Änderungen in Teilen der Beschäftigungsbewilligung eintreten, die sich nach Abs. 1 auf die berufliche Tätigkeit, den Betrieb, den Arbeitsamts- oder Landesarbeitsamtsbereich beziehen, kann sich die Prüfung der Voraussetzungen für die Beschäftigungsbewilligung auf jene beschränken, die mit diesen Teilen im Zusammenhang stehen.

§ 21 Abs. 1 VStG lautet:

(1) Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten."

Der Beschwerdeführer bringt zunächst vor, die Berufungslegitimation des Landesarbeitsamtes Oberösterreich sei zu Unrecht bejaht worden. § 28a AuslBG sei erst mit der Novelle BGBl. Nr. 450/1990 eingefügt worden und ab 1. Oktober 1990 in Geltung getreten. Aus dem Rückwirkungsverbot ergebe sich, daß im inkriminierten Zeitraum (2. Mai 1990 bis jedenfalls 1. Oktober 1990) zugunsten des Beschwerdeführers keine Berufungslegitimation des Landesarbeitsamtes anzunehmen sei und bei richtiger Beurteilung die Berufung jedenfalls in diesem Umfang hätte zurückgewiesen werden müssen.

Dieses Vorbringen trifft nicht zu.

§ 28a AuslBG (eingefügt durch Art. I Z. 45 der Novelle, BGBl. Nr. 450/1990; am 1. Oktober 1990 in Kraft getreten) 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."

Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, daß die dem Landesarbeitsamt eingeräumte Parteistellung im Verwaltungsstrafverfahren auch das Recht der Berufung mitumfaßt, gehört dieses doch zu den Parteienrechten. Dies unbeschadet der Textierung des § 51 Abs. 2 VStG (Ob und inwieweit Verwaltungsbehörden Berufung erheben können, bestimmen die Verwaltungsvorschriften") und der verbreiteten legistischen Praxis, den Behörden im Verwaltungsstrafverfahren entweder nur ein Berufungsrecht (vgl. z.B. § 9 des Arbeitsinspektionsgesetzes, BGBl. Nr. 143/1974) oder Parteistellung unter ausdrücklicher Hervorhebung der Rechtsmittelbefugnis (vgl. dazu z.B. § 58 der Rechtsanwaltsordnung in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 556/1985 oder § 187 der Notariatsordnung in der Fassung des Art. II Z. 14, BGBl. Nr. 522/1987) einzuräumen. Es findet sich in § 28a AuslBG kein Ansatz dafür, daß die Parteistellung im Verwaltungsstrafverfahren ausnahmsweise ohne Rechtsmittelbefugnis begründet werden sollte. Im Gegenteil: Die im § 28a AuslBG vorgesehene Amtsbeschwerdebefugnis der Landesarbeitsämter nach Art. 131 Abs. 2 B-VG gründet offenkundig auf der Vorstellung, eine Kontrollmöglichkeit gegenüber als rechtswidrig erachteten letztinstanzlichen Entscheidungen im Verwaltungsstrafverfahren zu schaffen, die nur das fortsetzt, was auf der Ebene der Verwaltung durch die Berufungsmöglichkeit schon sichergestellt erscheint.

Der Verwaltungsgerichtshof geht ferner davon aus, daß das von der Parteistellung nach § 28a AuslBG umfaßte Berufungsrecht auf Grund des Wortlautes dieser Bestimmung mangels einer Übergangsbestimmung auf alle Strafverfahren Anwendung findet, die am 1. Oktober 1990 noch nicht rechtskräftig abgeschlossen waren. Der Tatzeitraum spielt dabei keine Rolle. Zutreffend hat die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift darauf hingewiesen, daß der Beschwerdeführer aus § 1 VStG bzw. Art. 7 Abs. 1 MRK (Rückwirkungsverbot bzw. Günstigkeitsprinzip) nichts für seinen Standpunkt gewinnen kann, da sich diese Bestimmungen nur auf die (im materiellen Recht geregelte) Strafbarkeit bzw. die Strafe beziehen, nicht aber auf verfahrensrechtliche Bestimmungen (vgl. in diesem Zusammenhang auch das zum Verhältnis § 1 Abs. 2 VStG - Verlängerung der Verjährungsbestimmungen ergangene Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. November 1987, Slg. 12570/A).

Der Beschwerdeführer rügt ferner, die belangte Behörde habe nicht ausgeführt, welche Fassung des AuslBG der Verurteilung zugrunde gelegt worden sei. Auch wenn der Strafrahmen durch die Novelle 1990 unverändert geblieben sei, seien die Tatbestände und verschiedene andere Bestimmungen des Gesetzes geändert

worden, sodaß bei der Beurteilung, ob die Ermahnung ausreiche oder nicht, das gesamte Umfeld des Gesetzes mitzubetrachten sei. Unter Zugrundelegung des AuslBG in der Fassung vor der Novelle 1990 wäre die belangte Behörde zum Ergebnis gelangt, daß eine Ermahnung jedenfalls ausreiche.

Dem ist zu erwidern, daß die belangte Behörde (wenn auch nur in der Begründung) davon ausgegangen ist, daß sich die Behörde erster Instanz auf § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 des AuslBG BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. Nr. 36/1991 (das war die Rechtslage im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides) gestützt hat. Es trifft zu, daß ein Teil der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung (nämlich vom 2. Mai bis 30. September 1990) unter der Geltung des AuslBG in der Fassung BGBl. Nr. 231/1988, die restliche Tatzeit (vom 1. Oktober 1990 bis 24. Mai 1991) unter der Geltung des AuslBG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 450/1990 begangen wurde. Der im Beschwerdefall angewendete Strafrahmen blieb für die zur Last gelegte Tat (§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a - erster Strafsatz) in beiden Tatzeiträumen unverändert. Bei dem nach § 1 Abs. 2 VStG anzustellenden Günstigkeitsvergleich kommt es nur auf die die Strafe betreffenden Bestimmungen an, nicht auf das (vom Beschwerdeführer nicht näher konkretisierte) "Umfeld". Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Rechtsverletzung liegt demnach nicht vor.

Der Beschwerdeführer bringt gegen den Spruchabschnitt I weiters vor, die belangte Behörde habe das Recht auf Parteiengehör (trotz formeller Einräumung der Möglichkeit der Stellungnahme) dadurch verletzt, weil sie sich mit seinen Rechtfertigungsgründen im verurteilenden Erkenntnis nicht auseinandergesetzt habe. Der für den fraglichen Zeitraum zugrundeliegenden Beschäftigungsbewilligung sei eine "Entlohnung" von S 81,84 zugrunde gelegen, die über erfüllt worden wäre. Der Entlohnungsbegriff sei weder im Antragsformular noch im Bescheid exakt definiert. Wie der "Grundlohn" seien auch die Zuschläge und Zulagen steuer- und sozialversicherungspflichtig. Sie seien daher als Entlohnung anzusehen. Bei gehöriger Auseinandersetzung mit seiner Rechtfertigung (im Berufungsverfahren) wäre die belangte Behörde zum Ergebnis gekommen, daß von einer Unterentlohnung keine Rede sein könne, sodaß die Berufung abzuweisen und die Ermahnung nach § 21 VStG zu bestätigen gewesen wäre. Selbst wenn Zuschläge und Diäten nicht als "Entlohnung" anzusehen seien, könne ein derartiger Rechtsirrtum dem Beschwerdeführer nicht als schuldhaft vorgeworfen werden, da einschlägige Definitionen fehlten. Die Berufung wäre jedenfalls mangels (gewichtigen) Verschulden abzuweisen gewesen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Beschwerdeführer als verantwortlicher Beauftragter nach dem in Teilrechtskraft erwachsenen Schuldspruch der Behörde erster Instanz schuldig ist, daß S.B. vom 2. Mai 1990 bis 24. Mai 1991 in der W. GesmbH nicht im beruflichen Geltungsbereich laut Beschäftigungsbewilligung (Schlosser mit Entlohnung S 81,84 stündlich; tatsächlich: Beifahrer mit S 58,20) beschäftigt wurde. Wegen der eingetretenen Rechtskraft des Schuldspruches kommt der vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Frage, ob eine Unterbezahlung im fraglichen Zeitraum vorlag oder nicht, im Rahmen der ausschließlich zu erörternden Frage, ob der belangten Behörde (in Bestätigung der Rechtsansicht der Behörde erster Instanz) die Anwendbarkeit des § 21 Abs. 1 VStG zu bejahen gehabt hätte oder nicht, keine rechtserhebliche Bedeutung mehr zu. Schon im Hinblick auf die lange Tatzeit und in Verbindung mit der zur Last gelegten Tat war es im Ergebnis nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde die Folgen der Übertretung nicht als unbedeutend einstufte. Schon das Nichtvorliegen einer Tatbestandsvoraussetzung nach § 21 Abs. 1 erster Satz VStG schließt aber die Anwendbarkeit dieser Bestimmung aus, ohne daß das Vorliegen der anderen Tatbestandsvoraussetzungen geprüft werden müßte.

Die Rüge des Beschwerdeführers, es fehlten Erhebungen zu seiner Einkommenssituation, ist entgegenzuhalten, daß die Behörde erster Instanz laut Verhandlungsschrift vom 5. Juli 1991 die Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers festgestellt hat. Abgesehen davon hat die belangte Behörde (nachdem sie das Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 VStG zutreffend verneinen konnte), die im AuslBG für die zur Last gelegte Tat vorgesehene Mindeststrafe verhängt.

Die belangte Behörde hat es allerdings unterlassen, die Frage näher zu prüfen, ob nicht die Voraussetzungen für die außerordentliche Milderung der Strafe nach § 20 VStG im Beschwerdefall gegeben sind. Aus der Nichtanwendbarkeit des § 21 VStG allein kann hierfür nichts gewonnen werden. Auch machen die näheren Begleitumstände der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Tat eine Prüfung im Sinne des § 20 VStG nicht von vornherein entbehrlich.

Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß die belangte Behörde bei Vermeidung des aufgezeigten Verfahrensfehlers zu einem anderen Bescheid hätte kommen können, war der Spruchabschnitt I des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG aufzuheben.

Die Aufhebung des Spruchabschnittes I zieht NOTWENDIG die AUFHEBUNG DES SPRUCHABSCHNITTES II (Kostenvorschreibung nach § 64 Abs. 1 und 2 VStG) nach sich.

Der Verwaltungsgerichtshof ist allerdings der Auffassung, daß unabhängig davon dem Beschwerdeführer in einem auf Grund der Berufung des Landesarbeitsamtes ergangenen Bescheid (welchen Inhaltes auch immer) keine Kosten im Sinn der §§ 64 und 65 VStG auferlegt werden können.

Die Bestimmungen über "Kosten des Strafverfahrens" treffen die §§ 64 bis 66 VStG. § 64 Abs. 1 und 2 und § 65 VStG lauten:

"(1) In jedem Straferkenntnis und in jeder Entscheidung eines unabhängigen Verwaltungssenates, mit der ein Straferkenntnis bestätigt wird, ist auszusprechen, daß der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

(2) Dieser Beitrag ist für das Verfahren erster Instanz mit 10 % der verhängten Strafe, für das Berufungsverfahren mit weiteren 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit je 20 S zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 200 S anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat."

§ 65 VStG lautet:

"Die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Berufungswerber nicht aufzuerlegen, wenn der Berufung auch nur teilweise Folge gegeben oder die Strafe gemäß § 51 Abs. 4 abgeändert worden ist."

Es kann dahingestellt bleiben, ob die belangte Behörde mit ihrem angefochtenen Bescheid überhaupt ein "Straferkenntnis" im Sinne des § 64 Abs. 1 VStG bestätigt hat, da die von der Behörde erster Instanz ausgesprochene Ermahnung nach § 21 Abs. 1 zweiter Satz VStG keine Strafe ist, auch wenn sie nach Erschöpfen des Instanzenzuges vor dem Verwaltungsgerichtshof mit Beschwerde bekämpft werden kann (vgl. dazu

VwSlg. 8709 A/1974 - nur Leitsatz, sowie das Erkenntnis vom 19. Mai 1980, Zl. 3407/79), der Spruch eines Straferkenntnisses aber, wenn er nicht auf Einstellung lautet, unter anderem die verhängte Strafe zu enthalten hat (§ 44a Z. 3 VStG; vgl. in diesem Zusammenhang auch die unterschiedliche Formulargestaltung in der Verwaltungsformularverordnung 1991, BGBl. Nr. 141, Formular Nr. 26 und 27 bzw. Nr. 28). Unabhängig davon ergibt sich aus dem Gesetz, daß nach § 64 Abs. 1 VStG nur dem Bestraften und nicht einem davon verschiedenen Berufungswerber ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens auferlegt werden darf (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. September 1985, Zl. 84/11/0059). § 65 VStG kann sich daher nur auf den Bestraften beziehen, der als Berufungswerber eingeschritten ist. Schon aus dem Zusammenhang dieser beiden Bestimmungen ergibt sich eindeutig, daß die Kosten des Berufungsverfahrens dem Bestraften - unter der Voraussetzung, daß das Straferkenntnis bestätigt wird - nur dann aufzuerlegen sind, wenn er auch der Berufungswerber ist (so schon Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze II. Band, 1992, Anmerkung 6 zu § 64 VStG auf Seite 532 sowie Anmerkung 1 zu § 65 auf Seite 537; ebenso Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechtes, 5. Auflage, Rz 960/3 auf Seite 398).

In diesem Sinn führen auch die EB zu Art. I Z. 25 (§ 64 Abs. 1 und 2) der RV zur VStG-Novelle, BGBl. Nr. 358/1990, 1090 Blg. NR XVII. GP, auf Seite 21, linke Spalte, aus:

Die Einrichtung der unabhängigen Verwaltungssenate dient der Verbesserung des Rechtsschutzes.

Es scheint daher gerechtfertigt, für das Verfahren vor diesen Behörden einen besonderen Kostenbeitrag vorzusehen, der vom Beschuldigten zu entrichten ist, sofern seine Berufung keinen Erfolg hat."

Die von der belangten Behörde aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. August 1991, Zl. 91/09/0022, gezogene gegenteilige Schlußfolgerung läßt unberücksichtigt, daß im damaligen Beschwerdefall der Bestrafte eine Berufung erhoben hatte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat auch keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung bei der von ihm vertretenen Auslegung (nach Auffassung der belangten Behörde:

unsachlicher Kostenaufwand für den Kostenträger des UVS bei Berufung durch Verwaltungsbehörde eines anderen Rechtsträgers), die (was die Verpflichtung des Bestraften betrifft) im Rahmen des Gestaltungsspielraumes des einfachen Bundesgesetzgebers liegt und deren Auswirkung auf die Kostenbelastung der beteiligten Gebietskörperschaften gemessen an § 4 FVG verfassungsrechtlich unbedenklich erscheint, zumal derartige Formalparteistellungen wie sie § 28a AuslBG begründet, derzeit nur vereinzelt in Verwaltungsstrafangelegenheiten vorgesehen sind.

Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich daher nicht veranlaßt die von der belangten Behörde vorgebrachte Anregung, § 64 Abs. 1 VStG beim Verfassungsgerichtshof nach Art. 140 Abs. 1 B-VG wegen Verfassungswidrigkeit anzufechten, aufzugreifen.

Aus den oben angeführten Gründen war daher der angefochtene Bescheid zur Gänze gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47, 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 und 50 VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung, BGBl. Nr. 104/1991.