

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

23.05.2013

Geschäftszahl

2012/09/0082

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2012/09/0089

2012/09/0103

Serie (erledigt im gleichen Sinn):

2013/09/0151 E 19. Mai 2014

2013/09/0150 E 19. Mai 2014

2013/09/0191 E 18. Juni 2014

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler, Dr. Strohmayer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Pitsch, über die Beschwerden

1. des G in Peuerbach, vertreten durch Dr. Longin Josef Kempf und Dr. Josef Maier, Rechtsanwälte in 4722 Peuerbach, Steegenstraße 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 26. April 2012, Zl. VwSen-252815/24/Py/Hu, betreffend Bestrafungen wegen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (zur Zl. 2012/09/0082), und 2. der Bundesministerin für Finanzen gegen denselben Bescheid (zur Zl. 2012/09/0103), weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesministerin für Finanzen zu den Zlen. 2012/09/0082 und Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und G in Peuerbach, vertreten durch Dr. Longin Josef Kempf und Dr. Josef Maier, Rechtsanwälte in 4722 Peuerbach, Steegenstraße 3, zur Zl. 2012/09/0103, zu Recht erkannt:

Spruch

Die zur Zl. 2012/09/0082 protokollierte Beschwerde des G wird als unbegründet abgewiesen.

Auf Grund der zur Zl. 2012/09/0103 protokollierten Beschwerde der Bundesministerin für Finanzen wird der angefochtene Bescheid im Umfang der Stattgebung der Berufung (Einschränkung der Tatzeiträume und Herabsetzung der Strafen) sowie der Entscheidung über die Verfahrenskosten wegen Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat den Beschluss gefasst:

Die zur Zl. 2012/09/0089 protokollierte Beschwerde des G wird zurückgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer zu den Zlen. 2012/09/0082 und 2012/09/0089 (in der Folge: der Beschwerdeführer) wurde mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft G (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) wie folgt bestraft:

"Straferkenntnis

1. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der A GmbH mit Sitz in Pe, B 49, zu verantworten, dass durch diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am o.a. Betriebsstandort 999 ausländische Arbeitnehmer - welche in den, diesem Bescheid angeschlossenen und einen wesentlichen Spruchteil bildenden Fahrerlisten hinsichtlich Vor- u. Nachnamen, Geburtsdaten, Geburtsorte, ausländische Staatsangehörigkeiten und Wohnadressen näher bestimmt sind und als Dienstnehmer der ausländischen Tochterfirmen Stat mit Sitz in Praha (dt. Prag), Tschechien, Stac mit Sitz in Targu-Mures (dt. Neumarkt am Mieresch), Rumänien, und Stap mit Sitz in Wroclaw (dt. Breslau), Polen, angeführt sind - als Lkw-Fahrer in einem direkten Arbeitsverhältnis von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses zur ausländischen Niederlassung (vermerkt in den Fahrerlisten in der Spalte 'Eintrittsdatum') bis zumindest zum 14.6.2010 (Erhebungsstichtag) beschäftigt wurden, indem sie Fahrten im grenzüberschreitenden Güterverkehr (von innerhalb Österreichs liegenden Orten, insbesondere von der Firmenzentrale in Pe, B 49, ausgehend und wieder retour) mit Sattelzugfahrzeugen und den damit wechselweise gezogenen Aufliegern der o.a. ausländischen Niederlassungen durchführten, ohne dass für diese Ausländer vom Arbeitsmarktservice entsprechende Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ausgestellt worden sind, obwohl ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen darf, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' oder einen Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt - EG' oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Beilagen zum Spruchpunkt 1.:

Fahrerlisten mit gesamtem Fahrpersonal (Stand 14.6.2010):

9 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stat mit 240 ausländischen Dienstnehmern

18 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stac mit 574 ausländischen Dienstnehmern

6 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stap mit 185 ausländischen Dienstnehmern

Fahrerlisten mit nach § 3 AuslBG bewilligungspflichtigem Fahrpersonal (Stand 14.6.2010):

4 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stat mit 240 ausländischen Dienstnehmern

9 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stac mit 574 ausländischen Dienstnehmern

3 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stap mit 185 ausländischen Dienstnehmern

(Anmerkung des Verwaltungsgerichtshofes: In den dem Bescheid angeschlossenen Fahrerlisten sind die Namen, Geburtsdaten, Wohnorte und Adressen im Ausland von 999 bosnischen, polnischen, rumänischen, slowakischen, tschechischen und ungarischen Staatsangehörigen angeführt sowie zu jedem Ausländer ein Datum aus den Jahren 2007, 2008, 2009 oder 2010 als "EintrittsDatum".)

2. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der A GmbH mit Sitz in Pe, P 49, zu verantworten, dass durch diese Gesellschaft als Arbeitgeberin der bosnische Staatsangehörige Me El, im Zeitraum vom 8.11.2009 bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses am 17.3.2010 als Kraftfahrer mit auf die tschech. Tochterfirma Stat in Prag zugelassenen Sattelzugfahrzeugen und den damit wechselweise gezogenen Aufliegern ausgehend von der Firmenzentrale an o.a. Adresse ausschließlich für Gütertransporte innerhalb von Österreich eingesetzt und somit in einem direkten Arbeitsverhältnis beschäftigt wurde, ohne dass für diesen Ausländer vom Arbeitsmarktservice eine entsprechende Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ausgestellt worden ist, obwohl ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen darf, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' oder einen Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt - EG' oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Sie haben dadurch zu Pu. 1. und 2. folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 28 Abs. 1 Zi.1 lit.a iVm § 3 Abs. 1 u. § 32a Abs. 1 - 10 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) 1975, BGBl. Nr. 218/1975, zuletzt geändert durch Bundesgesetz BGBl. I Nr. 135/2009, iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG).

Wegen dieser Verwaltungsübertretung in insgesamt 1.000 Fällen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafen von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von		Gemäß
	1.000 x 24 Stunden	Freiheitsstrafe von	jeweils
zu Spruchpunkt 1. u.	(1.000 Tage)		§ 28 Abs. 1 Zi.1 Auslaufsatz,

2.

3. Strafraumen AuslBG,
iVm § 9 Abs. 1 VStG

1.000 x 3.000 Euro

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

ad 1) u. 2)

1.000 x 300 Euro als Beitrag zu den Kosten des

Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet);

3.

Gemäß § 76 AVG iVm § 64 Abs. 3 VStG werden Sie weiters verpflichtet, nachstehende im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens erwachsenen Kosten zu ersetzen:

748,30 Euro als Ersatz der Barauslagen für die

Inanspruchnahme eines nichtamtlichen Dolmetschers anlässlich der im Zuge der Schwerpunktkontrolle am 29.1.2011 durchgeführten niederschriftlichen Einvernahmen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafen/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 3.300.748,30 Euro."

Der Beschwerdeführer erhob gegen diesen Bescheid Berufung. Auf Grund der Berufung des Beschwerdeführers erließ die belangte Behörde nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung den angefochtenen Bescheid mit folgendem Spruch:

"I. Der Berufung wird insofern Folge gegeben, als die verhängten Geldstrafen auf jeweils 2.500 Euro und die verhängten Ersatzfreiheitsstrafen auf je 17 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßnahme bestätigt, dass in Spruchpunkt 1. die Wortfolge 'von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses zur ausländischen Niederlassung (vermerkt in den Fahrerlisten in der Spalte 'Eintrittsdatum') bis zum' durch das Wort 'am' ersetzt wird und der Spruchabschnitt mit der Überschrift 'Fahrerlisten mit gesamtem Fahrpersonal (Stand 14.6.2010)' einschließlich der Beilage (9 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stat, 18 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stac und 6 Seiten Fahrerlisten der Fa. Stap) entfällt.

II. Der Kostenbeitrag des Berufungswerbers zum Verfahren vor der Erstbehörde verringert sich auf 10% der nunmehr verhängten Geldstrafen. Zum Berufungsverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

Rechtsgrundlagen:

Zu I.: § 66 Abs.4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991 idGF iVm §§ 19, 24 und 51 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idGF.

Zu II.: § 64 VStG."

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte im Wesentlichen Folgendes aus:

"4. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung am 4. November 2011. An dieser Verhandlung haben der Rechtsvertreter des Bw, Vertreter der Bezirkshauptmannschaft Gri als belangte Behörde sowie Vertreter des Finanzamtes Gri We als am Verfahren beteiligte Organpartei teilgenommen. Als Zeuge wurde ein an der gegenständlichen Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz am 8. Oktober 2011 beteiligter Beamter des Finanzamtes Gri We einvernommen. Die als Zeugen vom Bw namhaft gemachten und zur mündlichen Berufungsverhandlung geladenen Mitarbeiter der Firma A-GmbH, Herr K H, Frau He Ma und Herr Pe Sa Ma sind - teilweise entschuldigt - zur Verhandlung nicht erschienen. Ebenso leistete die vom Bw als Zeugin beantragte und vom Unabhängigen Verwaltungssenat zur Berufungsverhandlung geladene Standortleiterin der Firma Stat spol S.r.o. in Prag, Frau Ro Pro, der an sie ergangenen Ladung keine Folge.

4.1. Der Unabhängige Verwaltungssenat geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

4.1.1. Der Bw ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der A-GmbH mit Sitz in P 49, 4722 Pe (in der Folge: Firma A).

Die Firma A führt für ihre Kunden nationale und internationale Transporte im Straßengüterverkehr im gesamten europäischen Raum durch, hält in ihrem Beschäftigtenstand jedoch keine Lkw-Fahrer und verfügt über keine auf sie zugelassene Zugfahrzeuge. Zudem verfügt die Firma A über keine eigene Konzessionen für das Gütertransportgewerbe.

Für die Abwicklung der von der Firma A übernommenen Transportaufträge wird auf Konzessionen ausländischer Firmen, nämlich der Firma Stat Spol.s.r.o. mit Sitz in u. ... Praha ... (in der Folge: Firma Stat), der rumänischen Firma Stac, mit Sitz in ...Targo Mures, ... (in der Folge: Firma Stac) sowie der polnischen Firma Stap mit Wroclaw, (in der Folge: Firma Stap) zurückgegriffen. Gesellschafter der tschechischen Firma Stat sind die A Verwaltungs- und Beteiligungsgesellschaft mbH sowie Herr C A, der Sohn des Bw,

Geschäftsführerin ist Frau Ro Pro. Geschäftsführer der Firmen Stap und Stac ist Herr Jo Ma, ein inzwischen pensionierter Mitarbeiter der Firma A, der auch in anderen Firmen der Unternehmensgruppe A, etwa der STT GmbH oder der AS GmbH, alle ebenfalls mit Sitz in Pe, als Geschäftsführer tätig ist.

Zwischen der Firma A und der Firma Stat wurde datiert mit Dezember 2007 ein schriftlicher Rahmenvertrag über die Durchführung von Transportleistungen, Reparaturleistungen und diversen Verwaltungsleistungen abgeschlossen. In diesem Rahmenvertrages ist festgelegt, dass die Firma Stat im Auftrag der Firma A Transporte im internationalen Güterverkehr mittels eigener Zugmaschinen und eigenem Personal eigenverantwortlich durchführt. Gemäß Punkt 1.3.1.1. des Rahmenvertrages werden die Betriebsmittel von der Firma Stat selbst angeschafft und/oder im Wege des Abschlusses von Leasingverträgen für die eigenständige Durchführung der Transporte eingesetzt. Desgleichen wird das zur Durchführung der Transporte benötigte Fahrpersonal von der Firma Stat selbst aufgenommen.

In Punkt 1.3.1.2. des Vertrages ist festgehalten, dass vor Aufnahme des Personals die Stellungnahme durch Begutachtung (Eignungstest) von der Firma A einzuholen ist, damit die Firma A gegenüber ihrem eigenen Auftraggeber die qualitative Auftragsdurchführung und dgl. Qualitätsstandards wie bei den anderen von ihr beauftragten Frachtfirmen gewährleistet und insoweit sicherstellen kann. Soweit notwendig, kann auch die Einschulung zur Erreichung der einheitlichen Qualitätsstandards bei den Fahrern durch die Firma A vorgenommen werden.

Weitere Punkte dieses Rahmenvertrages führen aus, dass die letzte Entscheidung über die Einstellung eines Fahrers die Firma Stat trifft. Die Firma Stat entscheidet selbst über Art und Dauer des Beschäftigungsverhältnisses sowie über Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses der von ihr eingestellten Fahrer. Unter Punkt 1.3.1.2.2. wird festgelegt, dass bei allfälligen Verfehlungen der Fahrer im Rahmen der Transportdurchführung - soweit sie im Rahmen der von der Firma A durchgeführten Transportorganisation festgestellt werden - von dieser an die Firma Stat weitergeleitet werden, die allfällige dienstrechtliche Konsequenzen zu treffen hat.

In Punkt 1.3.1.3. des Rahmenvertrages ist festgehalten, dass die Firma A an die Firma Stat entsprechende Beförderungsaufträge erteilt. Zum Zweck der Durchführung der Transportorganisation durch die Firma A sind sämtliche einsatzbereiten Fahrzeuge und Fahrer von der Firma Stat der Firma A bekannt zu geben und die einsatzbereiten Fahrer für die Durchführung der Transporte zur Verfügung zu stellen. Von der Firma A wird im Rahmen der Transportorganisation der Einsatzplan erstellt und an die Firma Stat zur Durchführung der Transporte weitergeleitet.

In Punkt 1.3.2. des Rahmenvertrages ist die Durchführung von Reparaturleistungen insofern geregelt, als bei der Durchführung von Reparaturleistungen und Instandhaltungen von Betriebsmitteln (insbesondere Fahrzeuge) sowie zur Betankung der eingesetzten Fahrzeuge die Firma A kontaktiert werden kann und in einem solchen Fall von dieser über Aufforderung die entsprechenden Leistungen im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu erbringen sind, sofern die dafür notwendigen Kapazitäten in einem ausreichenden Umfang zur Verfügung stehen. Die Firma A erbringt diese Leistungen selbstständig und besorgt diese gegebenenfalls durch weitere Auftragnehmer. Die durchgeführten Leistungen werden separat der Firma Stat in Rechnung gestellt und aufgrund eines Kostenschlüssels über durchgeführte Reparaturleistungen je nach Beanspruchung durch Kostenträger (Fahrzeuge) separat abgerechnet. Wenn Leistungen durch Dritte in diesem Zusammenhang im Auftrag der Firma A erbracht werden und insoweit durch die Firma A vorfinanziert werden, werden diese an die Firma Stat vereinbarungsgemäß weiterverrechnet.

Ein gleichlautender Rahmenvertrag wurde datiert mit Dezember 2007 auch zwischen der Firma A und der rumänischen Firma Stac sowie datiert mit Dezember 2006 zwischen der Firma A und der polnischen Firma Stap.

In einer als 'Gedächtnisprotokoll' bezeichneten Vereinbarung vom Dezember 2007 zwischen der Firma A und der Firma Stat wird für die von der Firma Stat für die Firma A durchgeführten Transporte ein nach einem Prozentsatz des Beförderungsauftrages orientierter Verrechnungspreis vereinbart und festgelegt, dass für die Firma Stat die diversen Aufträge disponiert werden und auch gelegentlich Reparaturen bzw. diverse Verrechnungen, soweit dies insbesondere die Betankung betrifft, durchgeführt werden, die dann über Verrechnungskonten abgewickelt und belastet werden.

4.1.2. Der bosnische Staatsangehörige Herr Me El, geb. am 20.1.1986, wurde Mitte September 2007 in Bosnien von Arbeitnehmern der Firma A, nämlich dem Personalchef Herrn K H und Herrn Sa, als LKW-Fahrer angeworben. Er musste zunächst mit einer A Zugmaschine eine Probefahrt absolvieren und bekam daraufhin eine Einstellungszusage, wobei er eine Sicherstellung in Höhe von 300 Euro in bar zu erlegen hatte, deren Rückzahlung ihm bei Arbeitsantritt zugesagt wurde. Tatsächlich wurden ihm später in Pe nur mehr 150 Euro von Herrn K H ausgezahlt. Weiters musste er Herrn S. 500 Euro in bar für die Visa-Erteilung in Sarajevo bezahlen. Anschließend fuhr Herr El Me auftragsgemäß zur Firma Stat nach Prag, wo ihm ein Zimmer zur Verfügung gestellt wurde, für dessen Benutzung ihm in weiterer Folge 270 Euro vom Lohn abgezogen wurden. Insgesamt verbrachte Herr El Me nur 10 Nächte in diesem Zimmer, die meiste Zeit nächtigte er im Lkw. Im Büro der Firma Stat in Prag bekam er einen Arbeitsvertrag von der dortigen Geschäftsführerin, Frau Ro Pro, sowie eine Versicherungskarte und ein Transitvisum ausgehändigt. Ein Firmengelände, LKW, Tankstelle oder eigene Werkstätte hat er am Standort Prag nicht wahrgenommen. Anschließend wurde er in Pe eingeschult und zunächst als Beifahrer eingesetzt. Dazu wurde ihm eine in deutscher Sprache abgefasste Bestätigung auf Briefpapier der

Firma Stat von Herrn Ko Ma von der Firma A ausgehändigt. Nach seiner Probezeit wurde Herr El Me in Pe ein eigener Lkw-Zug, zugelassen auf die Firma Stat, übergeben, mit dem er zunächst als LKW Fahrer für die sogenannte "Deutschland-Abteilung" der Firma A tätig wurde, die hauptsächlich Transportfahrten nach Frankreich, in die Niederlande, Belgien und Spanien durchführt. Ab August 2009 wurde Herr El Me nur mehr für Transport innerhalb Österreichs eingesetzt, was in einem in Pe auf Briefpapier der Firma Stat ausgestellten Schreiben vom 24. August 2009 durch eine Disponentin der Firma A bestätigt wurde. Am 17. März 2010 kündigte Herr El Me sein Dienstverhältnis.

Sämtliche Anweisungen für die von Herrn El Me durchgeführten Transportfahrten erhielt er per SMS auf das ihm von der Firma A ausgehändigte Diensthandy. Die Firma A stellte Herrn El Me Tankkarten für die Tankstelle am Betriebsareal in Pe sowie in Salzburg bzw. IDS-Karten für die Benützung europaweiter Tankstellen aus. Es gab von der Firma A Vorgaben hinsichtlich Betankung und verbindliche Benützung von Straßenabschnitten, für die keine Mautgebühren zu bezahlen sind. Seine Touren erfolgten immer von Pe aus, wo er nach Beendigung der Tour den Lkw auch wieder abstellte. Reparaturen und Service am Lkw wurden jeweils in Pe in der dort am Betriebsareal gelegenen Werkstätte durchgeführt.

Seinen Lohn erhielt Herr El Me auf das von ihm bei der Sparkasse Gri eröffnete Lohnkonto durch die Firma Stat überwiesen. Die Höhe seines Monatslohnes wurde von der Rechnungsabteilung der Firma A in Pe ermittelt. Vom Fahrerlohn wurden Kosten für private Telefonbenützung, für nicht erlaubte Autobahnfahrten, Geschwindigkeitsüberschreitungen und Falschparken abgezogen. Bei Gehaltsvorschüssen musste sich Herr El Me an Herrn K H wenden und erhielt er bei dessen Zustimmung von einer Büroangestellten der Firma A in Pe den Vorschuss ausbezahlt, für den ein Spesenbetrag in Höhe von 10 Euro einbehalten wurde. So weist etwa die Fahrerabrechnung des Herrn Me El für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Oktober 2009 anhand der erhobenen Touren eine Gesamtsumme in Höhe von 1.238 Euro auf. Von diesem Betrag wurden 232,14 Euro für Telefon, 19,70 Euro für eine Autobahnfalschfahrt sowie 110 Euro für einen (lt. Kassa-Ausgangsbestätigung vom 9.10.2009 über Anweisung Herrn K H) zur Auszahlung gebrachten Vorschuss in Höhe von 100 Euro in Abzug gebracht. Die Fahrerabrechnung vom 1. bis 31. August 2009 des Herrn Me El weist anhand der gefahrenen Touren einen Gesamtbetrag in Höhe von 1.033 Euro auf, von dem 65,57 Euro für Telefon, insgesamt 65,10 Euro für Mautgebühren aufgrund falscher Routenwahl sowie 110 Euro für einen Gehaltsvorschuss in Abrechnung gebracht wurde. Die Lohnabrechnungen konnte er monatlich im Lohnbüro der Firma A in Pe abholen.

Für die Beschäftigung des Herrn El Me in der Zeit vom 8. November 2009 bis zur Beendigung seines Dienstverhältnisses am 17. März 2010 als Kraftfahrer der Firma A lag keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen vor.

4.1.3. In einem Schreiben vom 27. November 2009 teilte das tschechische Arbeitsinspektorat dem österreichischen Bundesministerium für Finanzen mit, dass im Zuge einer Inspektion beim Arbeitgeber Stat die Geschäftsführerin dieser Firma, Frau Ro Pro, keine Dokumente über ausbezahlte Reisevergütungen und geleistete Arbeitsstunden vorlegen konnte, weil diese am Hauptgeschäftssitz des Unternehmens in Pe archiviert sind. Das tschechische Arbeitsministerium gehe daher davon aus, dass die Firma Stat als Arbeitgeber nur in der tschechischen Republik ansässig ist, um die tschechische und österreichische Gesetzgebung zu umgehen. Alle Lohnberechnungen und Berechnungen der (Reise-)Vergütungen kommen von der Firma A-GmbH in Österreich, erst die Gesamtsumme der gezahlten Löhne und Vergütungen komme über die Firma Stat in die tschechische Republik. Zudem habe die Inspektion keine Tätigkeit der Arbeiter in der tschechischen Republik festgestellt.

Daraufhin fand am 14. Juni 2010 von Beamten des Finanzamtes Gri We, KIAB, eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes auf dem Betriebsareal der Firma A in 4722 Pe, P 49, statt. Gleichzeitig führte ein Prüfer der OÖ. Gebietskrankenkasse eine Nachschau nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz durch. Zwei Beamte der KIAB Gri We meldeten die Kontrolle im beim Eingangsbereich liegenden Foyer an und fragten, ob der Bw persönlich oder jemand von der Geschäftsleitung anwesend ist. Den Kontrollorganen wurde daraufhin mitgeteilt, dass Herr K H kommen werde. In weiterer Folge haben die Beamten Herrn K H, Personalchef der Firma A, in dessen im Untergeschoß befindliches Büro begleitet und ihn um Auskunft ersucht, wie viele Fahrer aktuell eingesetzt werden und ob es eine aktuelle Liste der Fahrer mit Stichtag 14. Juni 2010 (Kontrolltag) gibt. Daraufhin wurden über Auftrag des Herrn K H von einer Büromitarbeiterin aus dem EDV-System der Firma A Listen mit Fahrern der Firma Stat, Stap und Stac ausgedruckt und den Beamten überreicht. Diese Listen wurden anschließend den Finanzbeamten auch noch per E-Mail übermittelt. Für die Beschäftigung der auf diesen Listen namentlich angeführten 240 ausländischen Dienstnehmer der Firma Stat, 574 ausländischen Dienstnehmer der Firma Stac und 185 ausländischen Dienstnehmer der Firma Stap durch die Firma A am 14. Juni 2010 lagen keine arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen vor.

In weiterer Folge fanden am 29. Jänner 2011 und 8. Oktober 2011 neuerliche Kontrollen auf dem Betriebsareal der Firma A in Pe statt. Obwohl teilweise anwesend hat der Bw bei den Folgekontrollen nicht persönlich das Gespräch mit den Kontrollbeamten gesucht, sondern diese an Herrn K H mit dem Bemerken weitergeleitet, dass dieser Personalchef sei.

Der Einsatz der auf den Listen angeführten Fahrer gestaltete sich immer gleich, wobei folgende Tätigkeitsmerkmale hervorzuheben sind:

Die Anwerbung und Auswahl der Fahrer erfolgt im Ausland durch Mitarbeiter der Firma A. Die Fahrer schließen mit den jeweiligen ausländischen Firmen Arbeitsverträge ab, wobei immer feststeht, dass ihr tatsächlicher Arbeitsort der Sitz der Firma A in Pe ist.

Die Fahrer erhalten von der Firma A die Tankkarten ausgehändigt und erhalten Anweisung zur Benützung bestimmter Tankstellen. Sämtliche Fahrtaufträge werden den Fahrern per SMS auf ein ihnen von der Firma A dazu zur Verfügung gestelltes Diensthandy übermittelt. Die Vorgaben hinsichtlich Betankung und verbindliche Benützung von Straßenabschnitten, für die keine Mautgebühren zu bezahlen sind, sind in einem von der Firma A ausgehändigten Fahrerhandbuch zusammengefasst. Für die Benützung falscher Routen erfolgte ein Abzug bei der Lohnabrechnung. Am 'schwarzen Brett' der Firma A neben der Betriebstankstelle in Pe werden den Fahrern in einer sogenannten 'Ainfo' aktuelle Informationen, etwa eine monatliche Auflistung der für die jeweiligen Sektionen (Beneluxstaaten, BRD, Italien) der Firma A tätigen 10 Fahrer mit dem geringsten Treibstoffverbrauch und dem Hinweis, dass Fahrer, welche 6 Monate unter 31 Liter/100km verbrauchen eine Belohnung erhalten, und Anweisungen, etwa hinsichtlich des Ausfüllens der CMR-Frachtbriefe und die Ausnützung der Lenkzeiten mit dem Hinweis, dass Ruhezeiten nicht verlängert werden dürfen, zur Kenntnis gebracht.

Die von den Fahrern im Auftrag der Firma A durchgeführten Fahrten werden aufgrund der Lieferscheine und der Fahrerkarten in der EDV der Firma A erfasst und ausgewertet, anschließend werden die jeweiligen Abzugsposten (zB. falsche Route, überhöhte Telefonkosten, Gehaltsvorschüsse, Fahrzeugmängel, Parkvergehen etc.) von der Gesamtsumme in Abzug gebracht, wobei die Überweisung der so errechneten Endbeträge monatlich nicht durch die Firma A sondern durch die ausländischen Unternehmen erfolgt.

Im Büro der Firma A liegen Blankoformulare für Frachtbriefe auf, auf denen die ausländischen Firmen bereits als Subfrächter aufscheinen. Zudem liegen dort Stempel der ausländischen A Firmen auf und werden in Pe (Beschäftigungs-)Bestätigungen für die Fahrer der ausländischen Firmen ausgestellt.

Die Fahrer benützen für die Transportfahrten auf die ausländischen Firmen zugelassene LKWs. Wartungsarbeiten an diesen Fahrzeugen wie Reparaturarbeiten, Wagenpflege, Ölwechsel und Bereifung werden in Pe durchgeführt. Diese Wartungsarbeiten werden ebenso wie die Kosten der durchgeführten Betankung über Monatsrechnungen zwischen der Firma A und den ausländischen Firmen ebenso wie die durchgeführten Transportleistungen abgerechnet.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt mit den darin einliegenden Urkunden und Unterlagen, dem bereits zu einem gleichgelagerten Sachverhalt beim Unabhängigen Verwaltungssenat durchgeführten Berufungsverfahren zu VwSen- 252328, sowie dem Ergebnis der mündlichen Berufungsverhandlung vom 4. November 2011.

Der in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 4. November 2011 einvernommenen Zeuge T.W. schilderte schlüssig und glaubwürdig den Kontrollverlauf vom 14. Juni 2010 und seine Wahrnehmungen am Firmengelände in Pe. Aufgrund seiner Schilderungen besteht für die erkennende Kammer auch kein Zweifel daran, dass die bei der Kontrolle direkt aus der EDV im Büro der Firma A ausgedruckten und den Kontrollbeamten vom Personalchef der Firma A zur Verfügung gestellten Fahrerlisten tatsächlich den Dienstnehmerstand der Firmen Stat, Stap und Stac zum Kontrolltag aufwiesen. Gegenteilige Urkunden oder Unterlagen wurden vom Berufungswerber - entgegen den Ankündigungen in der Berufung - bislang auch nicht vorgelegt. Inwiefern die darin angeführten Beschäftigungszeiten nicht den Tatsachen entsprechen, konnte vom Bw zwar nicht grundlegend glaubhaft gemacht werden, zugunsten des Bw wurden jedoch nunmehr die in diesen Listen enthaltenen Beschäftigungszeiten auf den Kontrolltag, für den die Beschäftigung als zweifelsfrei erwiesen angesehen werden kann, eingeschränkt.

Im übrigen ist festzuhalten, dass die Abwicklung der Transporttätigkeit, wie sie im nunmehr festgestellten Sachverhalt beschrieben wird, seitens des Bw im Wesentlichen nicht in Abrede gestellt wird und auch durch die Schilderungen der Abläufe seitens des Personalverantwortlichen der Firma A, Herrn K H, bei der Kontrolle am 14. Juni 2010 bestätigt wird.

Zur Form der Anwerbung der Fahrer im Ausland wird auf die Aussage des Herrn El Me bei seiner Einvernahme vor der belangten Behörde am 7. Oktober 2010 verwiesen, in der er die Form der Anwerbung und Einstellung durch die Personalverantwortlichen der Firma A ebenso wie der von der belangten Behörde am 29. Jänner 2011 einvernommene Zeuge Sa Ra schilderte. Ihre Ausführungen stimmen im Übrigen auch mit dem diesbezüglichen Beweisergebnis im Verfahren zu VwSen-252328 überein. Aus den Zeugenaussagen der Fahrer geht auch hervor, dass sie bei der Unterfertigung ihrer Arbeitsverträge bei den ausländischen Firmen nur ein Büro mit 2-3 Mitarbeiter, jedoch keine sonstige für das Transportwesen erforderliche betriebliche Infrastruktur (LKW-Abstellplätze, Werkstätten, Disposition etc.) gesehen haben. Diesbezüglich wird auch auf die Aussage des Zeugen Ma Tu bei der Kontrolle am 29. Jänner 2011 verwiesen, der angab, dass er auch bei der Firma Stap, mit der er einen Arbeitsvertrag hatte war, nur ein Büro vorgefunden hat.

Die Feststellung, dass nie vorgesehen war, dass sich der Arbeitsort der ausländischen Fahrer am Sitz der dortigen Unternehmen befindet sondern in Österreich sein sollte, wird u.a. durch die im Akt einliegenden Arbeitsverträge, abgeschlossen etwa zwischen Herrn Sen Ve bzw. Herrn Ra Sa und der Firma Stat, untermauert, in denen ausdrücklich unter Pkt. 1.4. festgehalten ist, dass 'regelmäßiger Arbeitsort Pe, Österreich' ist. Herr Om Sa schilderte in seiner Zeugenaussage vor der Erstbehörde vom 29. Jänner 2011, dass er zwar bei der Firma Stat

angestellt wurde, selbst dort jedoch nicht wegen Arbeit nachgefragt hat. Vielmehr hat er direkt bei der Firma A in Pe wegen Arbeit vorgesprochen und musste daraufhin zur Übernahme seiner Arbeitspapiere nach Prag reisen, bevor er dann - wiederum in Pe - sein in Tschechien angemeldetes Zugfahrzeug für seine Transportfahrten erhalten hat. Ergänzend dazu wird auch auf die Aussage des Zeugen Sen Ve vor der Erstbehörde am 28. September 2010 verwiesen, der bei einer Vorsprache bei der Firma A in Pe wegen einer Einstellung von Herrn K H die Auskunft erhielt, dass nur Fahrer für die Firma Stat gesucht werden. Herr Ve wurde am gleichen Tag als Kraftfahrer angestellt, seinen Arbeitsvertrag mit der Firma Stat, mit der er nie selbst Kontakt hatte, bekam er erst einen Monat später von Herrn K H ausgehändigt.

Hinsichtlich der tatsächlichen Abwicklung der Transportleistungen der Firma A mit den bei den ausländischen Firmen unter Vertrag gehaltenen LKW-Fahrern wird insbesondere auf die Angaben der bei den Kontrollen angetroffenen Fahrer sowie den von der Erstbehörde einvernommenen Fahrer sowie die von diesen vorgelegten bzw. im Akt einliegenden Urkunden und Unterlagen verwiesen. So schilderten sowohl Herr Me El als auch Herr Sen Ve und Herr Ra Sa in ihren Aussagen übereinstimmend die Erstellung der Lohnabrechnung einschließlich allfälliger Abzüge durch das Lohnbüro der Firma A. Der Zeugeneinvernahme des Herrn Ve beigefügt sind von ihm vorgelegte Abrechnungsunterlagen sowie eine 'Mahnung wegen Falschtankung' vom 21. Juni 2010 von der 'Geschäftsleitung A' mit dem Hinweis, sich künftig an die Tankanweisungen im Fahrerhandbuch zu halten. Aus den von ihm vorgelegten Abrechnungsunterlagen gehen Lohnabzüge betreffend Privatgespräche incl. Bearbeitungsgebühren mit dem Firmenhandy, ein Kassabeleg über die Auszahlung eines von Herrn K H bewilligten Gehaltsvorschuss hervor. Weiters wurde ihm eine schriftliche Aufforderung vom 13.7.2010 überreicht aus der hervorgeht, dass er wegen seines verspäteten Einlangens an der Entladestelle in D-96 am Freitag, 9.7.2010, beim zuständigen Sachbearbeiter, Herrn Sch, persönlich ohne Störung des Arbeitsablaufes bis KW 32 eine Stellungnahme abzugeben hat, ansonsten der Schadensbetrag in Höhe von 500 Euro bei der nächsten Lohnverrechnung einbehalten wird.

Die im Fahrerhandbuch enthaltenen Tourenvorgaben der Firma A an die Fahrer liegen ebenfalls im Akt der Erstbehörde ein, ebenso die als 'Ainfo' bezeichneten und nach den jeweiligen Abteilungen der Firma A gegliederten 'Top 10', die eine namentliche Auflistung der Fahrer der Jeweiligen Abteilung mit dem geringsten Treibstoffverbrauch enthalten, wobei gleichzeitig darauf hingewiesen wird, dass Fahrer, welche 6 Monate unter 31 Liter/100 Km verbrauchen, belohnt werden. Des weiteren ist dieser 'Ainfo' auch der Hinweis zu entnehmen, dass Verbesserungsvorschläge des Fahrpersonals je nach Wertschöpfung mit einer Prämie bis zu 500 Euro belohnt werden und diese schriftlich an Frau A./Personalabteilung zu richten sind.

Die Parteien stimmten in der mündlichen Berufungsverhandlung der Verlesung des erstinstanzlichen Aktes sowie des Aktes VwSen- 252328 mit der darin einliegenden Verhandlungsschrift vom 13. Oktober und 25. November 2010 ausdrücklich zu, wobei die vom Rechtsvertreter beanstandeten Fahrerlisten als Spruchbestandteil zu werten sind und daher ohnehin Gegenstand des Berufungsverfahrens sind. Die Behörde war auch befugt, auf die in diesen Listen angeführten Daten zurückzugreifen, da im Verwaltungsstrafverfahren der Grundsatz der materiellen Wahrheit gilt und die Behörde den objektiven Sachverhalt festzustellen hat. In diesem Sinn ist sie auch an keine Beweisregeln gebunden sondern gilt aufgrund des Grundsatzes der Unbeschränktheit der Beweismittel alles als Beweismittel, was nach logischen Grundsätzen Beweis zu liefern, d.h. die Wahrheit zu erkunden, geeignet ist. Aufgrund der diesbezüglich eindeutigen Schilderungen des Zeugen Wil wurden die Kontrollbeamten - wie auch bei allen Folgekontrollen - an den Personalchef der Firma A verwiesen, der bei der Kontrolle am 14. Juni 2010 die Fahrerlisten an die Kontrollbeamten ausfolgte. Die belangte Behörde hat daher zutreffend auf die Listen als Beweismittel zurückgegriffen und sie nunmehr hinsichtlich der namentlichen Aufzählung der ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigten Ausländer in den Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses aufgenommen. Für die Konkretisierung der dem Bw zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen ist die mit Geburtsdatum und Staatsangehörigkeit versehene namentliche Anführung der Fahrer, für die arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen erforderlich gewesen wären, ausreichend. Die in Spruchpunkt 1 angeführten und dem Straferkenntnis als Beilage angefügten Listen über das gesamte Fahrpersonal konnten daher entfallen.

Der für die rechtliche Bewertung wesentliche Sachverhalt konnte aufgrund der mündlichen Berufungsverhandlung sowie des Aktes der belangten Behörde mit den darin einliegenden Zeugeneinvernahmen, deren Verlesung der Rechtsvertreter des Bw in der Berufungsverhandlung ebenso wie der Verlesung des Aktes zu VwSen-252328 ausdrücklich zugestimmt hat, ausreichend geklärt werden. Der Bw selbst hat weder bei den Kontrollen noch vor der belangten Behörde oder im Verfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich zu den Tatvorwürfen persönlich zu äußern und an der Aufklärung mitzuwirken. In diesem Zusammenhang ist auch zu sehen, dass die von ihm beantragten und in seinem Unternehmen tätigen Zeugen auch in diesem Verfahren der an sie ergangenen Ladung - wenn auch teilweise entschuldigt - nicht Folge leisteten. Eine neuerliche Ladung konnte jedoch schon aus dem Grund unterbleiben, dass den Berufungsausführungen nicht entnommen werden kann, inwieweit durch die Aussage der beantragten Zeugen die Verwendung der angeführten ausländischen Arbeitskräfte in der konkreten Ausformung durch das vom Bw vertretene Unternehmen in Frage gestellt werden sollten. Vielmehr gestand der Bw selbst in seinen Berufungsausführungen die diesbezüglichen Sachverhaltsmerkmale selbst ein und beantragte die Zeugeneinvernahmen für den Nachweis, dass zwischen der Firma A und den ausländischen Firmen der A Gruppe eine Gegenverrechnung stattgefunden hat und die Gehälter der Fahrer letztendlich von den

ausländischen Firmen an die Fahrer überwiesen wurden. Dieses Vorgehen wird seitens des Unabhängigen Verwaltungssenates jedoch nicht bezweifelt, nur ändert dies - wie weiter unten noch auszuführen sein wird - nichts an der rechtlichen Beurteilung der von der Firma A verwendeten ausländischen Fahrer. Zudem wurden die nunmehrigen Beweisergebnisse auch vom Rechtsvertreter des Bw in dem einen gleichgelagerten Sachverhalt betreffenden Berufungsverfahren zu VwSen-252328 zugestanden und in der Berufungsverhandlung neuerlich vorgebracht, dass im vorliegenden Verfahren keine Sachverhaltsfragen strittig sind, sondern lediglich die rechtliche Beurteilung dieser Konstruktion zwischen den Firmen Stac, Stap und Statschechien und der Firma A in Zweifel gezogen wird.

5. Hierüber hat der Oö. Verwaltungssenat erwogen:

5.1. Gemäß § 9 Abs.1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragenen Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortlich Beauftragte (Abs.2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Seitens des Bw wird nicht bestritten, dass er als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma A-GmbH mit Sitz in Pe, P 49, für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich ist.

...

5.3. In § 2 Abs.2 AuslBG wurde ein eigener Beschäftigungsbegriff - abweichend vom Sozialversicherungsrecht und Arbeitsvertragsrecht - geschaffen, der vor allem den spezifischen Gegebenheiten und verschiedenen Formen, unter denen Ausländer auf dem Arbeitsmarkt tätig werden können, Rechnung trägt und damit jede Tätigkeit in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit erfasst, gleichgültig, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis, um ein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis, um ein Ausbildungsverhältnis oder um eine sonstige bloße Tätigkeit in Österreich handelt.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. VwGH vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art 'beweglichem System', in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. VwGH vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

5.4. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das Erkenntnis vom 16. Mai 2001, Zl. 98/09/0353) kann allein die inhaltliche Ausgestaltung der schriftlichen Vereinbarungen die Anwendung der Bestimmungen des AuslBG über das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung nicht beseitigen, vielmehr sind dafür die tatsächlichen Umstände maßgeblich, unter denen der Ausländer verwendet wird. Für das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs.2 AuslBG ist es hinreichend, dass der Ausländer im Sinn eines der in § 2 Abs.2 lit.a bis lit.e AuslBG näher bezeichneten Tatbestände faktisch verwendet wird. Es ist daher unerheblich, ob bzw. allenfalls von wem ein formeller Arbeitsvertrag mit dem Ausländer geschlossen wurde bzw. welchen Inhalt eine allenfalls darüber ausgefertigte Vertragsurkunde hat (vgl. VwGH vom 14. November 2002, Zl. 2000/09/0174).

Im Erkenntnis vom 20. Juni 2011, Zl. 2011/09/0039, wurde vom Verwaltungsgerichtshof die Abwicklung der vom Bw als 'Transportorganisation' dargestellten Vereinbarungen zwischen der Firma A und der Firma Stat einer rechtlichen Beurteilung unterzogen. Maßgebend für die Einordnung der im Spruch des gegenständlichen

Straferkenntnisses angeführten ausländischen Staatsangehörigen ist, dass die im Sachverhalt festgestellte Tätigkeit der formell bei den Firmen Stac, Stat oder Stap angestellten ausländischen Fahrer in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit und somit in einem Unterordnungsverhältnis zur Firma A ausgeübt wurde.

Für diese persönliche bzw. wirtschaftliche Abhängigkeit der ausländischen LKW-Fahrer zur Firma A sprechen insbesondere folgende Sachverhaltsmerkmale:

- Die Firma A übernimmt von ihren Kunden Transportaufträge für Güter. Sie hält in ihrem Beschäftigtenstand jedoch keine Lkw-Fahrer und verfügt über keine auf sie zugelassene Zugfahrzeuge;
- Die Eignung von LKW Fahrern wird durch Personal der Firma A überprüft und festgestellt, was auch im Rahmenvertrag zwischen der Firma A und den ausländischen Firmen festgelegt ist;
- Schon bei Abschluss der Arbeitsverträge zwischen den ausländischen Firmen und den Ausländern steht fest, dass sich der tatsächliche Arbeitsort der Fahrer in Pe in Österreich befindet;
- Die Disposition der ausländischen Fahrer erfolgt ausschließlich von der Firma A in Pe. Zu diesem Zweck erhalten sie von der Firma A ein Diensthandy zur Verfügung gestellt, über welches die Transportaufträge von den Disponenten der Firma A per SMS an die einzelnen Fahrer gesendet werden;
- Der Ausgangspunkt für die Fahrten der ausländischen Fahrer liegt nicht am Betriebssitz der ausländischen Firmen, das Ende der einzelnen Touren ist in Pe gelegen, wo die Zugmaschinen übernommen und nach Ende der Fahrten abgestellt werden;
- Die Fahrer erhalten von der Firma A Anweisungen, auf welche Weise die Lkw-Züge in Pe abzustellen sind, bei Zuwiderhandlung erfolgen Lohnabzüge in bestimmter Höhe;
- Die ausländischen Fahrer haben von der Firma A Anweisung, bei der Betriebstankstelle in Pe zu tanken und wenn dies nicht möglich ist, die von der Firma A ausgehändigten IDS-Karten zu verwenden;
- Den Fahrern wurden Fahrerhandbücher ausgehändigt, in denen Vorgaben über die zu wählenden Fahrtrouten auf bestimmten Strecken zur Vermeidung von Mautgebühren enthalten sind. Bei Nichtbeachtung werden die von der Firma A errechneten Mautkosten den Fahrern bei der Lohnabrechnung in Abzug gebracht;
- Die Fahrer sind von der Firma A angewiesen, einen möglichst geringen Treibstoffverbrauch an den Tag zu legen und wird von der Firma A für Fahrer mit dem monatlich geringsten Treibstoffverbrauch Prämien gewährt.
- Die Fahrer sind von der Firma A angewiesen, Verbesserungsvorschläge, die auch prämiert werden, in der Personalabteilung der Firma A zu deponieren;
- Bei Fehlverhalten werden die Fahrer von der Firma A ermahnt, müssen sich dort rechtfertigen und werden ihnen bei weiterem Zuwiderhandeln Lohnabzüge in Aussicht gestellt;
- Den Fahrern werden über Ersuchen von der Firma A in Pe Lohnvorschuss ausbezahlt, für die eine Bearbeitungsgebühr in Rechnung gestellt wird, die ebenso wie Privattelefonate vom Diensthandy bei der Lohnverrechnung in Abzug gebracht werden;
- Die Berechnung der monatlichen Auszahlungsbeträge an die Fahrer erfolgt durch die Lohnverrechnung der Firma A, die Beträge werden anschließend von den ausländischen Firmen an die bekanntgegebenen Lohnkonten der Ausländer überwiesen;
- Im Büro der Firma A liegen sowohl Frachtbriefe, die die ausländischen Firmen der Firma A bereits als Subfrächter aufweisen, als auch Stempel der ausländischen Firmen auf;
- Den Fahrern werden in Pe - auf Briefpapier der ausländischen Firmen - allfällige Bestätigungen und Nachweise ausgestellt.

Gegen diese Merkmale einer Abhängigkeit sprechen die zwischen den ausländischen Fahrern und den ausländischen Firmen abgeschlossenen schriftlichen Arbeitsverträge und der Umstand, dass sie bei der Erbringung ihrer Transporttätigkeit auf die ausländischen Firmen zugelassene Zugmaschinen verwendeten. Vom

Rechtsvertreter des Bw wurden Unterlagen vorgelegt, wonach seitens der Steuerberater der ausländischen Firmen bestätigt wird, dass für die Fahrer im Ausland Steuern und Abgaben entrichtet wurden. Weiters ist davon auszugehen, dass die tatsächliche Überweisung des Lohns auf die Konten der Fahrer durch die ausländischen Firmen erfolgten und wurden Unterlagen vorgelegt, wonach die von der Firma A in Pe disponierten Fahrten, Reparatur- und Wartungsarbeiten sowie Betankungen zwischen der Firma A und den ausländischen Firmen verrechnet werden.

Bei Gewichtung dieser festgestellten Sachverhaltsmerkmale ist daher das Berufungsvorbringen, wonach die Firma A nur als Transportvermittler in Erscheinung getreten ist, nicht schlüssig und nachvollziehbar. Dies nicht nur aufgrund des Umstandes, dass es nicht für den Fall einer reinen Transportvermittlung auch nicht nachvollziehbar wäre, weshalb den Kontrollbeamten bei ihrer Kontrolle eine Aufstellung der - bei den ausländischen Firmen angestellten - Fahrern ausgehändigt werden konnte, da eine solche Aufstellung für reine Vermittlungsleistungen nicht erforderlich wäre. Zudem ist durch Unterlagen belegt, dass zwischen der Firma A und den ausländischen Firmen eine Verrechnung der Fahrten erfolgte, was sich im Fall einer Vermittlertätigkeit ebenfalls erübrigen würde, zumal im üblichen Geschäftsverkehr der Vermittler eine Provision für seine Tätigkeit erhält. Im gegenständlichen Fall hat jedoch die Firma A ihren Kunden gegenüber Transportaufträge übernommen und zur Abwicklung dieser Transportaufträge Zugmaschinen verwendet, die auf die ausländischen Firmen zugelassen waren und von ausländischen Fahrern gelenkt wurden. Die aufgelisteten Merkmale der Tätigkeit führen bei einer Gesamtbetrachtung dazu, dass zwar ein Arbeitsverhältnis der ausländischen Fahrer zu den ausländischen Unternehmen dokumentiert werden soll, der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit jedoch darin liegt, dass die ausländischen Fahrer von der Firma A wie eigene Fahrer beschäftigt und eingesetzt wurden. Eine Beurteilung der aufgelisteten Kriterien nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt in Anlehnung an die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes führt daher zum Schluss, dass die Ausländer, unabhängig von der vertraglichen Gestaltung, von der Firma A gleichsam wie Arbeitnehmer verwendet wurden. Den aufgelisteten Kriterien, die eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit dokumentieren, kommt bedeutend mehr Gewicht zu, als den gegenläufigen Kriterien. Aus diesem Grund können daher die ausländischen Firmen tatsächlich nicht als Subfrächter der Firma A angesehen werden, sondern erhielten sie alle Anweisungen hinsichtlich ihres arbeitsbezogenen Verhaltens ausschließlich von der Firma A, die dieses Verhalten auch durch entsprechende Maßnahmen bei Wohlverhalten prämierte bzw. bei Übertretungen sanktionierte.

Die Ausländer wurden daher aufgrund der vorliegenden Ausgestaltung der Tätigkeit und der Rahmenbedingungen, unter denen sie verwendet wurden, von der Firma A und nicht von den ausländischen Unternehmen beschäftigt, was durch die vorgelegten Verträge sowie die Abrechnungen zwischen den Unternehmen nicht widerlegt werden kann, da diese nur den wahren wirtschaftlichen Gehalt, nämlich die Verwendung billiger Arbeitskräfte für von der Firma A in Pe aus abzuwickelnde Transportfahrten, verdecken sollten und deshalb als Beweis für eine gegenläufige rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes nicht geeignet sind. Zu diesem Ergebnis ist auch der Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 20. Juli 2011, Zl. 2011/09/0039, hinsichtlich der vorliegenden Form einer 'Transportvermittlung' durch die Firma A gekommen und hat festgestellt, dass bei gebotener Betrachtung der wahren wirtschaftlichen Verhältnisse von einer Beschäftigung der Ausländer als Arbeitskraft i.S.d. § 2 Abs.2 AuslBG durch das vom Bw vertretenen Unternehmen auszugehen ist.

Hinsichtlich der vom Bw angeführten gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen die Qualifikation der gegenständlichen Beschäftigung ist ihm entgegen zu halten, dass die tatsächliche Beschäftigung der ausländischen Fahrer - entgegen der 'Papierform' - wie oben angeführt in Österreich gelegen ist. Das vom Bw ins Treffen geführte Urteil des Europäischen Gerichtshofs zum Fall Vander Elst (Rechtssache C-43/93), dass auf die Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten abzielt, ist daher auf die gegenständliche Sachlage nicht anwendbar, da eben keine selbstständige Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung durch die Firma Stat, Stac bzw. Stap vorlag, sondern die ausländischen Fahrer von der Firma A in einem Unterordnungsverhältnis beschäftigt wurden.

Da die Ausländer somit ungeachtet der bestehenden Rechtsverhältnisse zu den Firmen Stat, Stap und Stac unter wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen von der Firma A verwendet wurden, die eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs.2 AuslBG darstellen, und für diese Arbeitsleistungen keine arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen vorlagen, ist der objektive Sachverhalt der gegenständlichen Verwaltungsübertretungen als erfüllt zu werten.

5.4. Gemäß § 5 Abs.1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bw initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die 'Glaubhaftmachung' nicht.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bw entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft machen zu können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch bei der Verwaltungsübertretung des § 28 Abs.1 Z1 lit.a AuslBG handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinn des § 5 Abs.1 VStG (vgl. VwGH vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0207). Der Bw hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und glaubhaft zu machen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich den Anforderungen des AuslBG entsprechend zu verhalten, nämlich dafür Sorge zu tragen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist. Dabei hat in einem Unternehmen der mit der Einstellung neuer Arbeitnehmer Betraute dafür zu sorgen, dass nur Ausländer beschäftigt werden, die die Voraussetzungen nach § 3 Abs.1 AuslBG erfüllen. Zur Sicherstellung der Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben gehört auch die Einrichtung eines effizienten Kontrollsystems für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften. Es besteht für den Arbeitgeber grundsätzlich die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen (vgl. VwGH vom 2. Oktober 2003, Zl. 2003/0126 mwN). Einen solchen Nachweis für das Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems hat der Bw nicht einmal ansatzweise erbracht. Weder hat er vorgebracht, durch welche wirksamen Maßnahmen er eine Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG in dem von ihm vertretenen Unternehmen sichergestellt hat, noch konnte er darlegen, in wie weit ihm die erforderliche Informationsaufnahme bezüglich der von seinem Unternehmen gewählten Vorgangsweise zur Durchführung von Transporten mit ausländischen Fahrern bei den zuständigen Behörden unzumutbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem zum vergleichbaren Sachverhalt betreffend den jetzigen Berufungswerber als Beschwerdeführer bereits ergangenen Erkenntnis vom 20. Juni 2011, Zl. 2011/09/0039, zum Berufungsvorbringen, der Bw sei einem entschuldbaren Rechtsirrtum unterlegen, bereits ausgeführt, dass Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, gemäß § 5 Abs.2 VStG nur dann entschuldigend, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Dabei ist auch eine irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, die den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass sie unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedarf bei der Einhaltung der einen am Wirtschaftsleben teilnehmenden obliegenden Sorgfalt vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums (vgl. auch VwGH vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195 mwN). Dass der Bw solche geeigneten Erkundigungen vorgenommen hat, wird von ihm nicht behauptet.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist dem Bw daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

6. 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 § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs.1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs.2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

Vorliegend ist die Strafe nach dem dritten Strafsatz des § 28 Abs.1 Z1 AuslBG zu bemessen, wonach bei Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro zu verhängen ist. Hinsichtlich der Strafbemessung darf zunächst auf die zutreffenden Ausführungen im Straferkenntnis der belangten Behörde verwiesen werden. Im Berufungsverfahren wurde jedoch der dem Bw zur Last gelegte Tatzeitraum auf den Kontrolltag eingeschränkt. Zudem ist dem Bw die langen Dauer des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens als strafmildernd anzurechnen, weshalb sich der Unabhängige Verwaltungssenat veranlasst sieht, die von der Erstbehörde verhängten Geldstrafen auf das nunmehrige Ausmaß herab zu setzen. Im Hinblick auf die Sorglosigkeit, mit der der Bw die Verwendung einer solchen Vielzahl ausländischer Staatsangehöriger entgegen der Bestimmung der österreichischen Rechtsordnung zu verantworten hat, scheinen jedoch über der Mindeststrafe gelegene Geldstrafen jedenfalls gerechtfertigt und angemessen und ist auch anzuführen, dass der Bw - trotz bereits ergangener Beurteilung der Sachlage durch das Höchstgericht - kein Einsehen hinsichtlich seines Fehlverhaltens zeigt. Eine weitere Herabsetzung der verhängten Geldstrafen wäre weder aus spezial-, noch aus generalpräventiven Gründen zu rechtfertigen.

Insbesondere darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Bw durch sein systematisches Vorgehen, das von ihm verwendete Fahrpersonal offiziell ins Ausland zu verlagern aber im Inland zu verwenden, zu erheblichen Vermögensvorteilen im Rahmen seiner Unternehmensführung geführt hat und ihm auch einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen rechtskonformen Mitbewerbern eingetragen hat. Trotz der in seiner Gesamtheit erheblichen Strafhöhe darf nicht übersehen werden, dass dem Bw insgesamt die unberechtigte Beschäftigung von eintausend Arbeitnehmern zur Last gelegt wird, womit auch ein entsprechender volkswirtschaftlicher Schaden für die Republik Österreich verbunden ist. In diesem Zusammenhang erscheinen die jeweils verhängten Einzelgeldstrafen von nunmehr 2.500 Euro pro unberechtigt beschäftigten jedenfalls angemessen und gerechtfertigt.

Der Unabhängigen Verwaltungssenates geht in seiner Entscheidung davon aus, dass die nunmehr über den Bw verhängten Strafen erforderlich sind, um ihm die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen. Gleichzeitig ist, wie bereits ausgeführt, auch aus generalpräventiven Gründen die Verhängung von über der Mindeststrafe von 2.000 Euro gelegenen Geldstrafen erforderlich, um auch allen sonstigen Marktteilnehmern zu signalisieren, dass die vom Bw gewählte Vorgangsweise gesetzwidrig und unter Sanktion gestellt ist.

Da ein Überwiegen der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe nicht vorliegt, war ein Vorgehen nach § 20 VStG ebenso wie eine Anwendung des § 21 VStG nicht in Erwägung zu ziehen, zumal die dafür erforderlichen kumulativen Voraussetzungen nicht vorliegen."

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Aktenvorlage und Erstattung von Gegenschritten und nach Verbindung der vorliegenden Beschwerdeangelegenheiten in einem Senat gemäß § 12 Abs. 2 VwGG erwogen:

Die im vorliegenden Fall anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1978 idF BGBl. I Nr. 135/2009, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der

Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d) nach den Bestimmungen des § 18 oder

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

(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,

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter,

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

d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine

EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 auszustellen ist.

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

- 1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder
- 2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit

beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25%

Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag binnen drei Monaten fest, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hierfür hat der Antragsteller zu erbringen. Nach Ablauf dieser Frist darf die Tätigkeit auch ohne den erforderlichen Feststellungsbescheid aufgenommen werden. Wird der Antrag nach Ablauf der Frist abgewiesen, ist die bereits begonnene Tätigkeit umgehend, spätestens jedoch binnen einer Woche nach Zustellung des Bescheides, zu beenden.

Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' oder einen Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt-EG' oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Strafbestimmungen

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

1. wer,

a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' (§ 8 Abs. 2 Z 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt-EG' (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, oder

b) entgegen dem § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde, oder

c) entgegen der Untersagung der Beschäftigung eines Inhabers einer Arbeitserlaubnis (§ 14g) diesen beschäftigt, oder

d) entgegen der Untersagung gemäß § 32a Abs. 7a einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder eine Freizügigkeitsbestätigung (§ 32a Abs. 2 oder 3) ausgestellt wurde,

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 50 000 Euro;

..."

Die zur Zl. 2012/09/0082 protokollierte Beschwerde und der angefochtene Bescheid gleichen in fast allen wesentlichen Einzelheiten jenem Bescheid der belangten Behörde, mit welchem der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A-GmbH wegen Beschäftigung eines LKW-Lenkers bestraft worden ist. Diese Beschwerde wurde mit dem hg. Erkenntnis vom 20. Juni 2011, Zl. 2011/09/0039, als unbegründet abgewiesen. Aus den bereits in diesem Erkenntnis dargelegten Gründen ist auch im vorliegenden Fall die Verwendung der im vorliegenden Fall eingesetzten LKW-Lenker durch die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AusLBG zu qualifizieren. In diesem wurde die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers hinsichtlich derselben Art der Beschäftigung von LKW-Lenkern durch dieselbe GmbH beurteilt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im angeführten Erkenntnis u.a. Folgendes ausgeführt:

"Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass der Ausländer GR in dem im angefochtenen Bescheid angeführten Zeitraum als Kraftfahrer im Rahmen der Transportorganisation der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH tätig war. Er weist auf den Rahmenvertrag zwischen der A GmbH und der S hin und führt aus, dass der Einsatzplan für die Durchführung der Transporte von der von ihm vertretenen A GmbH erstellt worden sei. Die Fahrer würden von den Mitarbeitern der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH bei entsprechender Eignung für einen Arbeitsvertrag bei der S vorgeschlagen. Die Einstellung, Entlohnung und die Festlegung der Entgelte des Fahrpersonals erfolge jedoch durch die S. Die von der S im Rahmen des Managementvertrages zwischen der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH und der S erbrachten Transportleistungen würden zwischen den beiden Gesellschaften einzeltransportbezogen abgerechnet. Die vom Beschwerdeführer vertretene A GmbH habe zwar die LKWs gewartet, betankt, repariert, Ölwechsel vorgenommen und für die Bereifung gesorgt, die Fahrerkarten und analogen Tachografenscheiben ausgewertet, dies sei jedoch der S verrechnet worden.

In der Beschwerde wird ausgeführt, dass der Fahrer im Rahmen der 'Transportvermittlung' durch die vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH direkt von dieser die entsprechenden Informationen betreffend Beladedatum und Beladeort sowie Entladedatum und Entladeort erhalte, die A GmbH leite insoweit diese

Informationen, die sie im Rahmen dieser Transportvermittlung von ihrem Auftraggeber erhalte, direkt an den Fahrer weiter. Eine dienstrechtliche Anweisungsbefugnis 'im eigentlichen Sinne' stehe der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH jedoch nicht zu.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis bzw. die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN). Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art 'beweglichem System', in dem das unterschiedliche Gewicht der Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

Jedenfalls ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend (vgl. z.B. auch die hg. Erkenntnisse vom 22. Jänner 2002, Zl. 2000/09/0147, und vom 29. Jänner 2009, Zl. 2007/09/0341).

Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall die wesentlichen Sachverhaltselemente der Tätigkeit des Ausländers in Betracht gezogen und deren entscheidenden Merkmale auf nachvollziehbare und zutreffende Art und Weise gewichtet. Sie durfte bei ihrer Beurteilung zu dem Ergebnis gelangen, dass die konkrete Arbeitstätigkeit des LKW-Lenkers GR sowohl in organisatorischer aber auch in wirtschaftlicher Hinsicht entscheidend von der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH bestimmt worden ist. Ihre rechtliche Schlussfolgerung, dass in Ansehung der persönlichen Abhängigkeit des GR von der A GmbH im vorliegenden Fall eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. a AuslBG vorlag, vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht als rechtswidrig zu befinden.

Im vorliegenden Fall wurde die Entscheidung betreffend die Auswahl und die jeweilige Tätigkeit des Ausländers maßgeblich von der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH getroffen. Die Organisation und Durchführung der Transporte wurde ebenso von der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH besorgt wie der Betrieb und die Wartung der Fahrzeuge. Die Anweisungen an den LKW-Lenker GR ergingen von der A GmbH. Insbesondere die Ausfolgung von Fahrerhandbüchern durch die vom Beschwerdeführer vertretene A GmbH an die Fahrer (hier: GR) sowie die Anweisung, bestimmte Tankstellen zu benützen, oder der Umstand, dass IDS-Karten des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens verwendet wurden und die Auszahlung von Lohnvorschüssen durften ohne Rechtsirrtum von der belangten Behörde als Hinweise für die Beschäftigung von GR als Arbeitskraft im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. a AuslBG gewertet werden.

Die Einwände des Beschwerdeführers, es liege ein unzulässiger Eingriff in die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 und 57 AEUV (vormals Art. 49 und 50 EGV) vor und er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Firma S, der Arbeitgeberin des GR, ausgeübt, gehen ins Leere.

Der Umstand, dass die Fahrzeuge im Besitz der Firma S gewesen sind und auf diese Firma zugelassen waren und dass die vom Beschwerdeführer vertretene A GmbH über keine eigene Transportlizenz verfügt habe, ändert nichts grundsätzlich daran, dass die Entscheidungen über die Auswahl und den Einsatz der Arbeitskraft, über den Betrieb der Fahrzeuge und die Organisation der Transporte bei der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH lagen.

Dass die Leitung und Durchführung der Transporte und damit die konkreten Anweisungen an GR von der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH ergingen, wird in der Beschwerde letztlich auch nicht in Frage gestellt. Wenn der Beschwerdeführer dabei die Rolle der von ihm vertretenen A GmbH als bloße Vermittlerin von Informationen zwischen den jeweiligen Auftraggebern der Transportleistungen und dem LKW-Lenker, hier

GR, deutet und meint, dass eine dienstrechtliche Anweisungsbefugnis durch die Bekanntgabe des jeweiligen Beladedatums und Beladeorts sowie Entladedatums und Entladeorts nicht gegeben sei, weil es sich dabei nur um die Weitergabe von Informationen gehandelt habe, 'wie dies auch sonst im Rahmen der Kommunikation mit den Fahrern bei Durchführung solcher Transporte durch Speditionsfirmen der Fall ist, die oftmals auch direkten Kontakt mit dem jeweiligen Auftraggeber aufnehmen müssen, um entsprechende Informationen betreffend die von ihnen als Fahrer abzuwickelnden Transporte zu erhalten', so zeigt er nicht überzeugend auf, dass die von ihm vertretene A GmbH GR nicht wie einen Arbeitnehmer beschäftigt hat.

Die von der belangten Behörde getroffenen und vom Beschwerdeführer unbestrittenen Feststellungen über die Beschäftigung des GR - ebenso wie die Tatsache, dass die Fahrzeuge offensichtlich von der vom Beschwerdeführer vertretenen A GmbH betrieben, nämlich gewartet, repariert und betankt wurden - belegen, dass bei der gebotenen Betrachtung der wahren wirtschaftlichen Verhältnisse die Verwendung des GR als Beschäftigung anzusehen war. Eine Verrechnung von einzelnen Leistungen mit der S - aus welchem Grund immer - vermag daran nichts zu ändern.

Wenn der Beschwerdeführer meint, in der fehlenden Feststellung der Auszahlung von Lohn durch die S an 'die Fahrer' (gemeint: GR) sei der belangten Behörde ein 'sekundärer Feststellungsmangel' vorzuwerfen, so zeigt er damit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil der Umstand, dass die Arbeitskraft von der S entlohnt worden ist, nichts daran ändert, dass sie durch die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH beschäftigt wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2002, Zl. 2001/09/0191).

Soweit sich der Beschwerdeführer auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum beruft, weil er als juristischer Laie davon habe ausgehen können, dass Bewilligungen nach dem AuslBG nicht erforderlich seien, ist darauf hinzuweisen, dass Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt hat, gemäß § 5 Abs. 2 VStG nur dann entschuldigt, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Dabei ist auch irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, die den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass sie unverschuldet war, und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer - allenfalls sogar plausiblen -

Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 23. Dezember 1991, Zl. 88/17/0010, und vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0195, mwN).

Dass der Beschwerdeführer solche geeigneten Erkundigungen vorgenommen habe, d.h. bei der für die Erteilung einer Bewilligung nach dem AuslBG zuständigen Behörde Auskünfte eingeholt habe, behauptet er nicht (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1998, Zl. 97/09/0241). Das Vorliegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums wurde von der belangten Behörde daher zu Recht verneint.

Der Beschwerdeführer meint, er selbst als Geschäftsführer der A GmbH könne für die gegenständliche Tat deswegen nicht verantwortlich gemacht werden, weil er als Geschäftsführer mit diesen Agenden und Tätigkeiten, somit mit der operativen Tätigkeit seines Unternehmens, gar nicht befasst gewesen sei. Damit zeigt der Beschwerdeführer ebenfalls keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen - hier die A GmbH - strafrechtlich verantwortlich ist, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Dies war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum als handelsrechtlicher Geschäftsführer unbestritten der Beschwerdeführer für die A GmbH.

Dass der Beschwerdeführer aber als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher in dem von ihm vertretenen Unternehmen für das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems für die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG gesorgt hätte (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2008, Zl. 2006/09/0080), wird von ihm nicht behauptet.

Der Umstand, dass in der Vergangenheit keine behördlichen Beanstandungen mit Blick auf einen allfälligen Verstoß gegen das AuslBG erfolgt seien, bewirkte keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, weil er nichts an der Beschäftigung des GR durch die A GmbH zu ändern vermag. Dass - wie der Beschwerdeführer behauptet - der Fahrer nur Auslandsware transportiert habe, es sich im vorliegenden Fall daher nicht um Kabotage gehandelt habe, vermag an der Beurteilung des angefochtenen Bescheides nach den Vorschriften des AuslBG ebenfalls nichts zu ändern.

Auch die vom Beschwerdeführer gerügte fehlende Feststellung, der Ausländer GR sei bei der S zur Sozialversicherung gemeldet gewesen, ändert nichts an dem Umstand der Beschäftigung des Ausländers durch die A GmbH. Dies gilt auch für die vom Beschwerdeführer gerügte fehlende Feststellung des Inhaltes des vom Beschwerdeführer vorgelegten Managementvertrages vom 30. November 2007."

Diese rechtlichen Beurteilungen treffen im Wesentlichen auch auf die Beschäftigung der ausländischen LKW-Lenker im vorliegenden Fall zu. Insofern kann sowohl hinsichtlich der Qualifikation des Verhältnisses der ausländischen LKW-Lenker zu der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH als Beschäftigung gemäß § 2

Abs. 2 AuslBG als auch hinsichtlich der vom Beschwerdeführer erhobenen Verfahrensrügen gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juni 2011, Zl. 2011/09/0039, verwiesen werden. Dieses Erkenntnis war dem Beschwerdeführer und seinem Vertreter im Verfahren vor der belangten Behörde bekannt und er hat auch im Verfahren vor der belangten Behörde keine Umstände aufgezeigt, dass sich die im vorliegenden Fall festgestellten Sachverhalte von dem dort beurteilten Sachverhalt in wesentlicher Hinsicht unterscheiden.

Soweit aus der Beschwerde Argumente dafür zu entnehmen sind, die Ausländer wären in einem Arbeitsverhältnis zu den in Polen, Rumänien und Tschechien situierten Gesellschaften und nicht zu der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft gestanden, wie etwa, dass die Löhne von diesen Gesellschaften ausgezahlt worden seien, zeigt er insofern keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, als es - um die Verwendung von ausländischen Arbeitskräften als Beschäftigung im Sinn des § 3 Abs. 1 AuslBG zu qualifizieren - keinen Unterschied macht, ob derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, selbst Arbeitgeber der Ausländer ist, oder ob im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG in Verbindung mit dem AÜG die Verwendung überlassener Arbeitskräfte erfolgt (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0207, und vom 18. Mai 2010, Zl. 2006/09/0236, mwN). In beiden Fällen ist derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, ohne dass für diese eine im § 3 Abs. 1 AuslBG angeführte Bewilligung oder Bestätigung vorliegt, wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 AuslBG gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a leg. cit. strafbar.

Dass die Auswahl und Einteilung der LKW-Lenker, die an diese tatsächlich ergangenen Anweisungen sowie die Organisation der Transporte, die Erstellung der Grundlagen für die Lohnabrechnung für die einzelnen LKW-Lenker durch die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH erfolgten, ist auch in den in der Berufung gestellten Beweisanträgen zu entnehmen und wird vom Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt. Daher ist es nicht relevant, wenn er die Aufnahme des Beweises beantragte, der von ihm vertretenen GmbH sei keine "dienstrechtliche Anweisungsbefugnis" zugestanden oder dass die "endgültige Lohnabrechnung" durch die in Polen, Rumänien und Tschechien situierten Gesellschaften getätigt worden sei. Auch wenn der Beschwerdeführer keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der ausländischen GmbH's gehabt haben sollte, änderte dies nichts daran, dass die von ihm vertretene GmbH in wirtschaftlicher und persönlicher Hinsicht einen wesentlichen Einfluss auf die Tätigkeit der LKW-Lenker ausübte.

Der Beschwerdeführer hat in seiner Berufung vorgebracht, dass der von ihm vertretenen GmbH "keine dienstrechtliche Anweisungsbefugnis hinsichtlich der Fahrer zugestanden ist, die im angefochtenen Straferkenntnis angeführt sind, und diese auch von ihr nicht ausgeübt wurde", und in diesem Zusammenhang die Einvernahme einer Reihe von Zeugen beantragt. Um die Ausübung einer "dienstrechtlichen Anweisungsbefugnis" ist es der belangten Behörde jedoch nicht gegangen, vielmehr um die Erteilung von konkreten Anweisungen bei ihrer Tätigkeit als LKW-Lenker. Dass solche Anweisungen an die LKW-Lenker von der von ihm vertretenen GmbH erteilt worden sind, wurde von der belangten Behörde auf unbedenkliche Weise festgestellt. Gerade auch im Rahmenvertrag zwischen der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH und den ausländischen Gesellschaften ist festgelegt, dass diese Gesellschaften der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH die LKW-Lenker zur Verfügung zu stellen haben.

Von entscheidender Bedeutung ist bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, nämlich gemäß § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG "der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes".

Soweit der Beschwerdeführer den angefochtenen Bescheid deswegen für rechtswidrig hält, weil die LKW-Lenker - im Ausland - zur Sozialversicherung angemeldet gewesen seien, zeigt er keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil dies nichts an den für die Beurteilung einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG durch das von ihm vertretene Unternehmen entscheidenden Umständen ändert, nämlich an dem für diese Beurteilung maßgeblichen wirtschaftlichen und persönlichen Einfluss, der von dem vom ihm vertretenen Unternehmen auf die Verwendung der Ausländer ausgeübt wurde.

Dies trifft auch auf das Argument des Beschwerdeführers zu, die Betriebsmittel seien nicht im Eigentum der von ihm vertretenen GmbH gestanden, die Kosten der Transporte wären nicht von dieser GmbH getragen worden und die in Polen, Rumänien und Tschechien situierten Gesellschaften seien keine Tochterfirmen der von ihm vertretenen GmbH gewesen.

Ein weiteres Argument des Beschwerdeführers geht dahin, auf Grund der rechtlichen Gegebenheiten sei das Risiko des Betriebes aus den im Betrieb getätigten Geschäften nicht von der von ihm vertretenen GmbH sondern von den in Polen, Rumänien und Tschechien situierten Gesellschaften getragen worden. Daraus sei aber - wie bei der Beurteilung der Dienstgebereigenschaft nach § 35 ASVG - der rechtliche Schluss zu ziehen, dass die von ihm vertretene GmbH die LKW-Lenker nicht beschäftigt habe.

Mit dieser Argumentation verkennt der Beschwerdeführer, dass im vorliegenden Fall nicht zu beurteilen war, ob die von ihm vertretene GmbH Dienstgeberin im Sinne des § 35 ASVG gewesen ist, sondern ob die ausländischen LKW-Lenker von der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG verwendet wurden. Für diese Beurteilung ist aber nicht die Vorschrift des § 35 ASVG und die dazu vom Beschwerdeführer angegebene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von entscheidender Bedeutung, vielmehr kommt es - wie bereits dargelegt - auf den wirtschaftlichen und persönlichen Einfluss, der von dem

vom ihm vertretenen Unternehmen auf die Verwendung der Ausländer ausgeübt wurde, an, für welche Beurteilung gemäß § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich ist.

Der Beschwerdeführer hält den angefochtenen Bescheid auch deswegen für rechtswidrig, weil seine Bestrafung den Art. 56 und 57 AEUV widerspräche; damit meint er offensichtlich, die ausländischen LKW-Lenker wären als Erfüllungsgehilfen der ausländischen Gesellschaften im Rahmen der in diesen Artikeln garantierten Dienstleistungsfreiheit tätig geworden. Auch mit diesem Argument zeigt er keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil den ausländischen Gesellschaften zurechenbare konkrete Dienstleistungen weder festgestellt wurden noch zu ersehen sind. Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass es sich bei den ausländischen LKW-Lenkern um Arbeitnehmer der in Polen, Rumänien und Tschechien situierten Gesellschaften gehandelt hat, so ändert dies nichts daran, dass die Arbeitskräfte nach den unbedenklichen Feststellungen der belangten Behörde von der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG verwendet worden sind. Auch wenn es sich dabei nur um eine Verwendung überlassener Arbeitskräfte gehandelt haben sollte, so war diese Verwendung doch im Grunde der § 2 Abs. 2 lit. e iVm § 3 Abs. 1 bewilligungspflichtig (vgl. dazu näher das Urteil des EuGH vom 10. Februar 2011, C-307/09 bis C-309/09, in der Rechtssache Vicoplus u.a., und die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Mai 2011, Zlen. 2011/09/0082, 0083, und vom 20. Juni 2011, Zl. 2011/09/0094, mwN, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird).

Der Beschwerdeführer hält den angefochtenen Bescheid auch im Hinblick auf das Doppelbestrafungsverbot für rechtswidrig, er räumt zwar ein, dass gemäß § 22 VStG für das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen das Kumulationsprinzip gelte; in seinem Fall liege jedoch - gegebenenfalls - ein einheitlicher Willensentschluss vor, er hätte daher jedenfalls infolge des zeitlichen und räumlichen Zusammenhanges nur wegen einer Verwaltungsübertretung bestraft werden dürfen.

Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 27. Juli 1994, Zl. 94/09/0102, Folgendes ausgeführt:

"Das AuslBG stellt - seit der Novelle BGBl. Nr. 231/1988- für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine eigene Strafdrohung auf. Es verbietet sich daher - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - eine Beurteilung in der Richtung, daß Verstöße gegen § 28 Abs. 1 AuslBG auch in Ansehung verschiedener ausländischer Beschäftigter in ihrer Gesamtheit gesehen ein fortgesetztes Delikt darstellen könnten (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. Jänner 1991, Zl. 90/09/0154, und die dort angeführte Vorjudikatur). Es liegt in dem verfassungsrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers, die dem Gesetz widersprechende Beschäftigung jedes Ausländers zur selbständigen Verwaltungsübertretung zu erklären (entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers steht dem die Bestimmung des § 22 VStG nicht entgegen) und unter Strafe zu stellen. Sicherlich ist dem Beschwerdeführer zuzugeben, daß vielfach die Kombination zwischen der für jeden einzelnen Ausländer verhängten Geldstrafe und der Mehrzahl von Übertretungen zu einer beträchtlichen (Gesamt-) Strafe führen kann, was jedoch die im § 28 Abs. 1 AuslBG festgesetzten Strafrahmen nicht verfassungswidrig macht (vgl. dazu wiederum das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. November 1993, Zl. 93/09/0256)."

An dieser Beurteilung hat sich seit diesem Erkenntnis nichts geändert. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers ist daher darauf hinzuweisen, dass es im verfassungsrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers liegt, die dem Gesetz widersprechende Beschäftigung jedes Ausländers zur selbständigen Verwaltungsübertretung zu erklären und unter Strafe zu stellen. Wenn dies auch zu einer beträchtlichen (Gesamt-)Strafe führen kann, macht dies die Verhängung dieser Strafen durch Verwaltungsbehörden noch nicht verfassungswidrig (vgl. den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 2012, B 737/12- 3, mit dem die Behandlung der Beschwerde gegen den hier angefochtenen Bescheid abgelehnt wurde, und das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 20. Juni 1994, Slg. 13.790, sowie beispielsweise die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. August 1996, Zl. 96/09/0229, und vom 24. Juni 2009, Zl. 2008/09/0094).

In diesem Zusammenhang spricht der Beschwerdeführer auch das Verbot einer Doppelbestrafung an. Gemäß Art. 4 des 7. ZPEMRK darf niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob "dieselbe Sache" vorliegt, hat der EGMR beginnend mit seinem Erkenntnis vom 10. Februar 2009, 14.939/03 (Sergey Zolotukhin), sowie dem folgend in seinen weiteren Erkenntnissen vom 16. Juni 2009, 13.079/0325 (Ruotsalainen), vom 25. Juni 2009, 55.759/07 (Maresti), vom 14. Januar 2010, 2376/03 (Tsonyo Tsonnev), und vom 18. Oktober 2011 (Tomasovi'c) die Ansicht vertreten, dass allein auf die Fakten abzustellen sei und die rechtliche Qualifikation derselben außer Betracht zu bleiben habe. Unzulässig sei eine neuerliche Strafverfolgung dann, wenn sie sich auf denselben oder zumindest im Wesentlichen denselben Sachverhalt bezieht (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2008/09/0203).

Im vorliegenden Fall stehen die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Delikte nicht in einem Verhältnis der Scheinkonkurrenz (Spezialität, Konsumtion oder stillschweigende Subsidiarität), weil er jeweils wegen Beschäftigung jedes einzelnen Ausländers bestraft worden ist, und die Beschäftigung jedes einzelnen Ausländers

ohne die erforderliche Bewilligung ein eigenes Delikt darstellt. Von einem Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot ist daher schon deswegen im Beschwerdefall keine Rede. Den § 22 Abs. 1 und § 30 Abs. 1 VStG ist auch vor dem Hintergrund des Art. 4

7. ZPEMRK keine absolute Höchststrafe zu entnehmen, die insgesamt bei Verhängung mehrerer Strafen wegen mehrerer Verwaltungsstraftaten gleichzeitig nur verhängt werden dürfte.

Zwar ist es Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, dass eine strafbare Handlung dann in den gemäß Art. 91 B-VG von Verfassungs wegen der Strafgerichtsbarkeit garantierten Kernbereich fällt, wenn sie wegen der vom Bundesgesetzgeber bewerteten hohen Sozialschädlichkeit mit einer schwerwiegenden Strafe bedroht ist; der Bundesgesetzgeber ist in diesem Fall von Verfassungs wegen gehalten, mit der Ahndung dieser strafbaren Handlung die (wegen ihrer Unabhängigkeit hiezu besonders qualifizierten) Organe der Strafgerichtsbarkeit zu betrauen. Eine strafbare Handlung gehört diesem Bereich jedenfalls dann zu, wenn die angedrohte Strafe vor dem Hintergrund des in der Strafrechtsordnung enthaltenen, unterhalb der Grenze zur Schöffengerichtsbarkeit liegenden Systems von Strafen unterschiedlicher Höhe als für den Bestraften besonders empfindlich einzustufen ist (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. September 1989, Slg.Nr. 12.151). Davon kann im vorliegenden Fall jedoch angesichts der in jedem einzelnen Fall drohenden Höchststrafe von EUR 20.000 nicht die Rede sein, ebenso wenig wie davon, dass die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Übertretungen als "mit schweren Strafen bedrohte Verbrechen" (Art. 91 Abs. 2 B-VG) von Verfassungs wegen in die Zuständigkeit der Geschworenengerichte fallen müssten. Dass der dem Beschwerdeführer auferlegte Strafbetrag zusammengerechnet insgesamt eine beträchtliche Höhe erreicht, ist kein Grund, an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Verhängung gebündelter Strafen zu zweifeln.

Auch die Gestaltung der Straftatbestände bietet vor dem Hintergrund des Kumulationsprinzips keinen Anlass zu Bedenken. Langdauernde Beschäftigungen werden nicht etwa willkürlich in eine Vielzahl von Einzeltaten aufgesplittet. Die einer Hintanhaltung der schon erwähnten möglichen Verrechnung der riskierten Strafe mit dem erwarteten Nutzen dienende Entscheidung des Gesetzgebers aber, die verbotene Beschäftigung eines Ausländers wie eine selbständige Tat zu ahnden, kann angesichts der Individualität jedes einzelnen Beschäftigungsverhältnisses nicht als Missbrauch gesetzgeberischer Gestaltungsmöglichkeiten gewertet werden (vgl. so das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 20. Juni 1994, Slg.Nr. 13.790). Zu der vom Beschwerdeführer wegen seiner Bedenken vorgeschlagenen Anfechtung beim Verfassungsgerichtshof sieht sich der Verwaltungsgerichtshof daher nicht veranlasst.

Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurde in Art. 49 Abs. 3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert; nach dieser Bestimmung darf das Strafmaß zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein. Auf der Ebene der Gesetzgebung lässt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Kriminalisierung und Sanktionierung von Verhalten nur insoweit zu, als dies zum Schutz des betreffenden Rechtsguts im Rahmen legitimer Strafzwecke erforderlich, geeignet und angemessen ist (vgl. Eser, zu Art. 49 in Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage 2011, RandNr. 37; vgl. auch das Urteil des EuGH vom 12. Juli 2001, C-262/99 (Paraskevas Louloudakis gegen Elliniko Dimosio), RandNr. 67, wonach der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, dass die administrativen oder strafrechtlichen Maßnahmen nicht über den Rahmen des zur Erreichung der verfolgten Ziele unbedingt Erforderlichen hinausgehen dürfen, und eine Sanktion nicht so sehr außer Verhältnis zur Schwere des Verstoßes stehen darf, dass sie sich als eine Behinderung der im Vertrag verankerten Freiheiten erweist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im vorliegenden Beschwerdefall keine Bedenken, dass die angewendeten Gesetzesbestimmungen, die eine Kumulation der Strafen im Fall von mehreren Übertretungen des AuslBG vorsehen, mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht im Einklang stünden. Es ist der Zweck der Regelungen des AuslBG, dass Arbeitsleistungen im Bundesgebiet vorrangig von inländischen und am österreichischen Arbeitsmarkt bereits integrierten ausländischen Arbeitskräften erbracht werden. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn für die Zulassung von Arbeitskräften effiziente und durchsetzbare Kontrollmechanismen bestehen und im Fall von Übertretungen wirksame Sanktionen zur Verfügung stehen. Es ist nicht zu ersehen, dass die im Gesetz vorgesehenen Strafen oder auch die im vorliegenden Fall verhängten Strafen über das Maß des Erforderlichen hinausgingen, um dieser Einhaltung dieser Regelungen zu bewirken. Die Kumulation der verhängten Strafen und die einer Hintanhaltung der schon erwähnten möglichen Verrechnung der riskierten Strafe mit dem erwarteten Nutzen dienende Entscheidung des Gesetzgebers aber, die verbotene Beschäftigung eines Ausländers wie eine selbständige Tat zu ahnden, kann - wie auch vom Verfassungsgerichtshof unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes dargelegt - angesichts der Individualität jedes einzelnen Beschäftigungsverhältnisses als erforderlich, geeignet und angemessen angesehen und nicht als Missbrauch gesetzgeberischer Gestaltungsmöglichkeiten gewertet werden.

Soweit der Beschwerdeführer die mit dem angefochtenen Bescheid gegen ihn verhängten Ersatzfreiheitsstrafen unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor dem Hintergrund des PersFrG für unverhältnismäßig hält, zeigt er ebenfalls keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Mit der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 17 Stunden für jede einzelne Tat ist die belangte Behörde nämlich durchaus im Rahmen des § 16 Abs. 2 VStG verblieben; auch für die Ersatzfreiheitsstrafen gilt im Übrigen das Zusammenrechnungsgebot der § 22 Abs. 1 und § 30 Abs. 1 VStG. Es ist nicht zu ersehen, in welcher Hinsicht dies dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widerspricht. Hinsichtlich des Vollzuges von

Freiheitsstrafen auf Grund des VStG enthält dieses Gesetz allerdings die Regel, dass innerhalb von sechs Monaten auf Antrag grundsätzlich eine Verwaltungsstrafhaft nicht länger als sechs Wochen dauern soll (vgl. § 54a Abs. 3 VStG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hält der Beschwerdeführer den angefochtenen Bescheid für rechtswidrig, weil die belangte Behörde den Rechtsanwalt Mag. M C nicht als Zeugen geladen habe, zum Beweis dafür, dass dieser den Beschwerdeführer über die rechtliche Zulässigkeit seiner Vorgangsweise informiert habe. Damit zeigt er jedoch keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil auch durch eine solche Aussage der Beschwerdeführer nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft gemacht hätte, dass ihm die Einhaltung der objektiv verletzten Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann ist der Arbeitgeber einer ausländischen Arbeitskraft vor dem Hintergrund des § 5 Abs. 1 VStG nämlich verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Wirtschaftstreuhändern allein darf sich der Beschäftigte jedenfalls nicht verlassen (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. November 2005, Zl. 2004/09/0168, und vom 25. Jänner 2013, Zl. 2010/09/0174, mwN).

Die vom Beschwerdeführer gerügten Begründungsmängel hinsichtlich seines Vorbringens betreffend die Abrechnung mit den ausländischen Gesellschaften und dass es sich bei diesen um keine Tochterfirmen der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH gehandelt habe, sind nicht zu erkennen, weil damit, wie dargelegt, keine entscheidenden gegen das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG sprechenden Umstände geltend gemacht werden. Dies trifft auch auf das Vorbringen und die damit gerügte Unterlassung der Einvernahme von Zeugen zur Frage zu, ob Kabotage durchgeführt wurde, und ob die Lohnabrechnungen und Auszahlungen letztlich durch die ausländischen Gesellschaften durchgeführt worden sind. Die Bezahlung von Vorschüssen an die LKW-Lenker durch die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH und die Bezahlung von Kautionen durch die LKW-Lenker an diese GmbH sowie die Erstellung der Grundlagen für die Entlohnung durch die von ihm vertretene GmbH hat er nicht bestritten. Der Beschwerdeführer selbst hat vielmehr in seiner Berufung auf die mit den ausländischen Gesellschaften abgeschlossenen Rahmenverträge hingewiesen, die in Punkt 1.3.1.3. vorsehen, dass die ausländischen Unternehmen verpflichtet sind, der von ihm vertretenen GmbH "die einsatzbereiten Fahrer für die Durchführung der Transporte zur Verfügung zu stellen".

Die Begründung der belangten Behörde, dass der Beschwerdeführer im gesamten Verfahren und auch in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde von der Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe, sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, an der Verhandlung vor der belangten Behörde nicht teilzunehmen und - vertreten durch seinen Rechtsanwalt - der Verlesung des erstinstanzlichen Aktes mit Ausnahme der Fahrerlisten zugestimmt und die wesentlichen festgestellten Sachverhaltselemente in seinen Berufungsausführungen selbst eingestanden habe, ist schlüssig nachvollziehbar, und das Verhalten des Beschwerdeführers wurde erkennbar in die von der belangten Behörde angestellte Beweiswürdigung einbezogen. Die Ladung und Einvernahme der zu den angeführten Beweisthemen beantragten Zeugen war mangels Relevanz nicht geboten.

Hinsichtlich der Identität der einzelnen LKW-Lenker, wegen deren Beschäftigung der Beschwerdeführer für schuldig befunden wurde, hat die Behörde erster Instanz ihre Feststellungen auf die vom Personalchef der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH, K H, den Kontrollorganen übergebene Liste gestützt. Dieser war im erstbehördlichen Verfahren auch mehrfach einvernommen worden, die Niederschriften über diese Einvernahmen wurden Protokolle auf zulässige Weise verwertet.

Soweit der Beschwerdeführer gegen die Verwertung der Angaben der Namen der LKW-Lenker in der vom Personalchef übergebenen Liste durch die belangte Behörde einwandte, dies widerspreche einem "Pressionsverbot", ist dieses Vorbringen nicht zielführend. Der Verwaltungsgerichtshof vermag nämlich nicht zu erkennen, dass das Vorgehen der Beamten bei der Kontrolle rechtswidrig gewesen wäre. Hinzuweisen ist auch darauf, dass selbst die Berücksichtigung von Beweisergebnissen, die auf gesetzwidrige Weise gewonnen wurden, zur Ermittlung der materiellen Wahrheit nur dann unzulässig ist, wenn das Gesetz dies anordnet, oder wenn die Verwertung des betreffenden Beweisergebnisses dem Zweck des durch seine Gewinnung verletzten Verbotes widerspräche (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2012, Zl. 2011/08/0070, mwN). Ein Anhaltspunkt dafür, dass der Beweis auf einem auch im Verwaltungsstrafverfahren unmittelbar anwendbaren Beweisverwertungsverbot des Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter, grausame und unmenschliche Behandlung, BGBl. 492/1987, widersprechende Weise zu Stande gekommen wäre (vgl. auch § 166 StPO), ist nicht zu ersehen.

Der Beschwerdeführer hat in seiner Berufung zum Beweis dafür, dass diese Liste keine aktuellen Beschäftigungsverhältnisse der ausländischen Fahrer ausweise, aber die Einvernahme der Angestellten der von ihm vertretenen GmbH, Pe Sa Ma und K H, des Personalchefs, beantragt. Zugleich hat er ausgeführt, er werde rechtzeitig zur Berufsverhandlung die entsprechenden Fahrer mit aktueller Anschrift namhaft machen, sobald die entsprechende Stellungnahme und die Auflistungen der von seinem anwaltlichen Vertreter bei den ausländischen Firmen angeforderten Informationen vorlägen. Eine derartige Bekanntgabe durch den Beschwerdeführer ist allerdings ohne Begründung nicht erfolgt. Auf die Einvernahme des Zeugen Pe Sa Ma hat der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 28. Februar 2011 verzichtet.

Die belangte Behörde hat beide Zeugen, nämlich Pe Sa Ma und K H, zur öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. November 2011 geladen. Der Erstgenannte ist unentschuldig nicht erschienen. Für den Zweitangeführten hat eine Mitarbeiterin der Personalabteilung der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH unter Anschluss einer ärztlichen Bestätigung der belangten Behörde mitgeteilt, dass dieser auf Grund einer Krankheit nicht an der Verhandlung teilnehmen könne.

Die belangte Behörde hat von einer neuerlichen Ladung und Befragung dieser Zeugen abgesehen und den angefochtenen Bescheid ohne einen weiteren Verhandlungstermin erlassen.

Der Beschwerdeführer hat - entgegen seiner in der Berufung getanen Zusage - keine aktualisierte Liste der im Rahmen der Transportorganisation der von ihm vertretenen GmbH verwendeten ausländischen LKW-Lenker vorgelegt. Als Bestandteil des Spruches der erstinstanzlichen Behörde war diese Liste auch allen Verfahrensbeteiligten bekannt. Auch in der Beschwerde wird weder bestritten, dass ausländische LKW-Lenker auf die festgestellte Weise für die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH tätig waren. Der Beschwerdeführer erhebt bezüglich einzelner konkreter Ausländer auch nicht die Einwendung, diese seien nicht für die Transportorganisation tätig gewesen.

Nicht bestritten hat der Beschwerdeführer, dass der Zeuge K H am 14. Juni 2010 den Kontrollorganen der KIAB gegenüber niederschriftlich angegeben hat, dass es bei der "Gruppe" der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH ungefähr 850 Zugmaschinen gebe und dass als Fahrer ca. 1050 Personen zur Verfügung stünden. Ebenso unbestritten ist es, dass der Zeuge den Kontrollorganen an diesem Tage die Liste der Fahrer mit diesem Stichtag übergeben hat. Konkrete Abweichungen und Unrichtigkeiten dieser Liste hat der Beschwerdeführer weder im Verwaltungsverfahren noch in seiner Beschwerde behauptet.

Die belangte Behörde durfte bei dieser Sachlage von der neuerlichen Ladung dieser Zeugen und ihrer Einvernahme Abstand nehmen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Begründung des angefochtenen Bescheides ist nämlich im vorliegenden Fall noch erkennbar zu entnehmen, dass sie das Nichterscheinen dieser Zeugen in Verbindung mit dem - entgegen der eigenen Ankündigung des Beschwerdeführers - erfolgten Fehlen jedes konkreten Vorbringens, welche in der Liste angeführten Ausländer am Tatzeitpunkt nicht als Lenker für die vom Beschwerdeführer vertretene GmbH tätig gewesen sein sollen, in ihre Würdigung des gesamten Vorbringens des Beschwerdeführers einbezogen hat.

Das Vorbringen des Beschwerdeführers hinsichtlich der Liste ist über die bloße Bestreitung von deren Inhalt nicht hinausgegangen und er hat - entgegen seiner eigenen Ankündigung - insbesondere nicht vorgebracht, welche anderen, den Inhalt dieser Liste relativierende bzw. widerlegende Lebenssachverhalte bewiesen hätten werden können. Die Entscheidung, ob zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit bzw. zur Kontrolle bestimmter Beweisergebnisse noch weitere Beweise (Hilfsbeweise bzw. Kontrollbeweise) herangezogen werden, oblag im vorliegenden Fall dem unabhängigen Verwaltungssenat. Es liegt im Wesen der freien Beweiswürdigung, dass in einem solchen Fall weitere Beweisanträge nicht mehr berücksichtigt werden müssen, wenn sich die Behörde auf Grund der bisher vorliegenden Beweise ein klares Bild über die maßgebenden Sachverhaltsmomente machen konnte (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 6. September 2005, Zl. 2005/03/0039, und vom 15. Dezember 2011, Zl. 2009/09/0237, mwN). Diese Vorgangsweise war im vorliegenden Fall auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 EMRK nicht bedenklich, weil sich die belangte Behörde nicht ausschließlich oder in wesentlichen Punkten auf die Aussagen dieser Zeugen stützte (vgl. das Urteil des EGMR vom 14. Juni 2005, Zl. 69116/01, Mayali gegen Frankreich, das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2007/09/0242). Soweit der Beschwerdeführer diese Zeugen als Entlastungszeugen befragen wollte, ist auch nicht zu erkennen, inwiefern es wahrscheinlich gewesen wäre, dass deren neuerliche Ladung zur Wahrheitsfindung notwendig gewesen und die Unterlassung einer neuerlichen Ladung eine Versagung seiner Verteidigungsrechte bedeutet hätte (vgl. das Urteil des EGMR vom 12. Februar 2004, Zl. 43284/98, Morel gegen Frankreich (Nr. 2), RandNr. 63 ff, mwN).

Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer weder eine inhaltliche noch eine relevante verfahrensrechtliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufgezeigt und sind solche für den Verwaltungsgerichtshof auch nicht zu erkennen, weshalb die zur Zl. 2012/09/0082 protokollierte Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Zu der zur Zl. 2012/09/0089 protokollierten Beschwerde des Beschwerdeführers:

Der Beschwerdeführer hat zugleich mit seiner an den Verwaltungsgerichtshof erhobenen Beschwerde gegen denselben angefochtenen Bescheid auch eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben. Deren Behandlung wurde mit dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 2012, B 737/12- 3, abgelehnt und die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten. Mit seiner direkt an den Verwaltungsgerichtshof erhobenen Beschwerde hat der Beschwerdeführer sein Beschwerderecht verbraucht, weshalb die abgetretene Beschwerde zur Zl. 2012/09/0089 gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen war (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Februar 2003, Zlen. 2002/08/0053, 0055).

Zu der zur Zl. 2012/09/0103 protokollierten Beschwerde der Bundesministerin für Finanzen (in der Folge: Beschwerdeführerin):

Die Beschwerdeführerin wendet sich dagegen, dass die belangte Behörde den Bescheid der Behörde erster Instanz dahingehend abgeändert habe, dass der Beschwerdeführer wegen Beschäftigung der LKW-Lenker nur

mehr am 14. Juni 2010 für schuldig erkannt und die von der Behörde erster Instanz mit jeweils EUR 3.000,-- und Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 24 Stunden auf jeweils EUR 2.500,-- und Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 17 Stunden herabgesetzt habe. Der angefochtene Bescheid lasse eine Begründung für diese Einschränkung jedoch vermissen und zwar ungeachtet der Tatsache, dass die belangte Behörde dem angefochtenen Bescheid weiterhin die Feststellung zu Grunde lege, dass die ausländischen LKW-Lenker seit dem in der Liste ausgewiesenen Beschäftigungsbeginn bis zum Kontrolltag beschäftigt worden seien.

In der Tat hat die belangte Behörde nach dem Gesamtzusammenhang des Spruches und der Begründung des angefochtenen Bescheides mit dem angefochtenen Bescheid den Gegenstand des Verwaltungsstrafverfahrens gegen den Beschwerdeführer hinsichtlich Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes im Tatzeitraum vor dem 14. Juni 2010 eingeschränkt und die von der Beschwerdeführerin gerügte Einschränkung der Tatzeiträume bezüglich der beschäftigten Ausländer auf der Liste von teils mehreren Jahren im angefochtenen Bescheid nur bei der Erörterung der Strafbemessung mit der bloßen Aussage begründet: "im Berufungsverfahren wurde jedoch der dem Bw zur Last gelegte Tatzeitraum auf den Kontrolltag eingeschränkt." Eine Begründung dafür, weshalb diese Einschränkung erfolgte und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer hinsichtlich der übrigen Beschäftigungszeiträume mit dem angefochtenen Bescheid offensichtlich eingestellt wurde, lässt sich dem angefochtenen Bescheid nicht entnehmen.

In der Gegenschrift meint die belangte Behörde, es habe nicht mit der für einen Schuldspruch in einem Strafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden können, ob jeweils durchgehende Beschäftigungsverhältnisse vorgelegen seien. Daher sei die Einschränkung der Tatzeit und die Herabsetzung der Strafen erforderlich gewesen. Indes Ausführungen in der Gegenschrift vermögen die fehlende Begründung eines Bescheides nicht zu ersetzen.

Nach den - im Grunde des § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren geltenden - §§ 58 Abs. 2 und 60 in Verbindung mit § 67 AVG haben Berufungsbescheide eine Begründung zu enthalten, in der die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen sind. In der Bescheidebegründung ist daher in einer eindeutigen, die Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichenden und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugänglichen Weise darzutun, welcher Sachverhalt der Entscheidung zugrunde gelegt wurde, aus welchen Erwägungen die Behörde zur Ansicht gelangte, dass gerade dieser Sachverhalt vorliege und aus welchen Gründen sie die Subsumtion dieses Sachverhalts unter einen bestimmten Tatbestand als zutreffend erachtete. Sind die einen tragenden Teil der Begründung darstellenden Ausführungen für den Verwaltungsgerichtshof nicht nachvollziehbar und somit nicht überprüfbar, so liegt ein wesentlicher Verfahrensfehler vor, der zur Aufhebung des Bescheides führt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. April 2001, Zl. 99/09/0180).

Die beschwerdeführende Bundesministerin zeigt sohin hinsichtlich der Einschränkung der Tatzeiträume zutreffend auf, dass Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde sowohl hinsichtlich des Schuldspruches als auch hinsichtlich des Ausspruches über die Strafe zu einem anderen Bescheid hätte kommen können.

Nach dem Gesagten war der angefochtene Bescheid daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG in dem aus dem Spruch ersichtlichen Umfang aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008.

Wien, am 23. Mai 2013

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2013:2012090082.X00