



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel sowie Hofrat Mag. Feiel und Hofrätin Dr. Koprivnikar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Rieder, über die außerordentliche Revision des A B in C, vertreten durch Mag. Oliver Simoncic, Rechtsanwalt in 3100 St. Pölten, Rathausplatz 3-4, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 23. Oktober 2023, (hier:) LVwG-S-1899/001-2023, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Tulln), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird, soweit damit die Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Tulln vom 3. August 2023, TUS2-V-23 39431/5, betreffend eine Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz abgewiesen und dem Beschwerdeführer ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 600 Euro auferlegt wurde, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Antrag des Revisionswerbers auf Zuerkennung von Aufwandsersatz wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde vom 3. August 2023 wurde der Revisionswerber schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ einer näher bezeichneten Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu verantworten, dass diese am 20. Mai 2023, drei namentlich genannte Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina zur Durchführung von Fassadenarbeiten beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen erteilt oder Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Der Revisionswerber habe in diesen drei Fällen § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verletzt, weshalb über ihn



gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG drei Geldstrafen von je 1.000 Euro (für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt wurden. Die belangte Behörde schrieb dem Revisionswerber überdies einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor.

- 2 Mit dem nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen angefochtenen Erkenntnis wies das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich u.a. - neben einer Entscheidung über eine Beschwerde des Revisionswerbers gegen Bestrafungen wegen Übertretungen des ASVG - dessen Beschwerde gegen das dargestellte Straferkenntnis als unbegründet ab und verpflichtete ihn zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten der Beschwerdeverfahren.

Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht für nicht zulässig.

- 3 Das Verwaltungsgericht stellte zur Begründung seines Erkenntnisses fest, der Revisionswerber habe mangels persönlicher Kapazitäten zur Erfüllung seines Auftrags am Tatort dringenden Personalbedarf gehabt, weil er selbst durch familiäre Aufgaben und eine mehrtägige Ausbildung beim WIFI die Arbeiten nicht selbst habe durchführen oder beaufsichtigen können. Er habe daher einen ihm seit mindestens zehn Jahren gut bekannten, auf Provisionsbasis für ein Baustoffunternehmen tätigen Baustoffverkäufer gebeten, ihm nicht nur die für die Herstellung der Fassade notwendigen Baustoffe, sondern auch die dazu erforderliche Arbeitspartie zu organisieren und die Bauarbeiten zu beaufsichtigen, wobei die Arbeitspartie „eine Firma sein“ solle. Zu diesem Zweck sei zwischen diesen - wie bereits anlässlich einer früheren Baustelle - vereinbart worden, der Baustoffverkäufer solle mit dem nur ihm bekannten Geschäftsführer der D GmbH (im Folgenden kurz: D GmbH) einen Preis von 67 bis 70 Euro pro Quadratmeter Fassade inklusive Personal und Material vereinbaren und die Bauarbeiten im Auftrag des Revisionswerbers vor Ort beaufsichtigen. Die Arbeiten sollten nach dem tatsächlich angefallenem Quadratmeterausmaß mit der D GmbH abgerechnet werden. Der Baustoffverkäufer habe das Material von dem Baustoffunternehmen beschafft, dessen Bezahlung nun Gegenstand zivilgerichtlicher Verfahren zwischen dem Baustoffunternehmen, dem Revisionswerber und der D GmbH sei. Er habe auch die Bereitstellung der gegenständlichen ausländischen Arbeiter



organisiert, die er vor Ort über die Art und das Ausmaß der zu erledigenden Arbeiten angewiesen und kontrolliert habe. Der Revisionswerber habe weder zu diesen noch zu einem Vertreter der D GmbH Kontakt gehabt und sei auch nie auf der Baustelle gewesen. Von der D GmbH habe er lediglich von dem ihm bekannten Baustoffverkäufer das Foto einer Visitenkarte per WhatsApp erhalten. Er habe auch nie Erkundigungen über die D GmbH oder die kontrollierten Arbeiter eingeholt. Nicht festgestellt - so führte das Verwaltungsgericht abschließend aus - habe werden können, dass die Arbeiter in einem Dienstverhältnis zu einem anderen Dienstgeber als zum Revisionswerber gestanden wären. Insbesondere habe nicht festgestellt werden können, dass sie in einem Dienstverhältnis zur D GmbH gestanden wären. Letztere gelte sowohl gemäß Firmenbuch als auch gemäß der vom Bundesminister für Finanzen geführten Liste als Scheinunternehmen.

- 4 Diese Feststellungen begründete das Verwaltungsgericht beweismäßig zunächst mit dem Inhalt des Verwaltungsakts sowie der glaubwürdigen und nachvollziehbaren Aussage des Revisionswerbers. Das erstmals in der Beschwerde behauptete Vorliegen eines Werkvertrags mit der D GmbH werde durch kein Ermittlungsergebnis gestützt. Weder der Revisionswerber noch ein Arbeiter habe im Zeitraum zwischen der Kontrolle und der Einbringung der Beschwerde die D GmbH erwähnt. Vielmehr hätten alle Ermittlungsergebnisse der Finanzpolizei über den Weg der Rekrutierung der Ausländer über den Baustoffverkäufer zum Revisionswerber geführt. Zwar gingen aus den in der Verhandlung vorgelegten Buchhaltungsunterlagen beträchtliche Zahlungen des Revisionswerbers an die D GmbH hervor, diese bewiesen jedoch lediglich den Zahlungsfluss, während für die entscheidende Frage der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Arbeiter daraus nichts zu gewinnen sei.
- 5 Rechtlich stellte das Verwaltungsgericht nach Wiedergabe maßgeblicher Bestimmungen auch des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entsprechend § 28 Abs. 7 AuslBG darauf ab, dass wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen werde, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuteten, die Behörde berechtigt sei, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn



auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden könnten, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstünden. Die Vereinbarung zwischen dem Revisionswerber und dem Baustoffverkäufer betreffend die Abrechnung über die Buchhaltung der D GmbH nach einem bloßen Quadratmeterpreis könne keinesfalls als die Anbahnung eines Werkvertrags gedeutet werden. Über einfache, bloß mengenmäßig bestimmte Arbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssten, komme nach der Rechtsprechung kein Werkvertrag zustande. Werde eine Leistung lediglich nach Quadratmetern abgerechnet, liege kein Werkvertrag im Sinn eines vom Werkbesteller unterscheidbaren Arbeitsergebnisses vor. Die zu erzielenden Arbeitsergebnisse seien nicht konkret beschrieben, sondern eine Abrechnung lediglich nach Quadratmetern mit der D GmbH besprochen worden. Anders als in jenen judizierten Fällen, in denen die kontrollierten Arbeiter tatsächlich in einem Dienstverhältnis zum beauftragten Unternehmen gestanden seien, liege hier mangels solcher Dienstverhältnisse zur D GmbH nicht nur kein Werkvertrag, sondern auch keine Arbeitskräfteüberlassung vor. Die Dienstverhältnisse der Arbeiter seien - über seinen Erfüllungsgehilfen - nur dem Revisionswerber zuzuordnen.

- 6 Nach Ausführungen zur Strafbemessung begründete das Verwaltungsgericht die Unzulässigkeit der Revision mit dem Fehlen einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung.
- 7 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende außerordentliche Revision. Eine Revisionsbeantwortung wurde in dem vom Verwaltungsgerichtshof durchgeführten Vorverfahren nicht erstattet.
- 8 Der Revisionswerber sieht die Zulässigkeit seiner Revision zusammengefasst in einem Abweichen des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur amtswegigen Ermittlungspflicht begründet. Zudem wird ein Verfahrensmangel im Übergehen der Beweisanträge des Revisionswerbers auf Einvernahme der Arbeiter und des Geschäftsführers der D GmbH zum Beweis des Vorliegens von Beschäftigungsverhältnissen



zwischen diesen und einem Werkvertrag zwischen dem vom Revisionswerber vertretenen Unternehmen und der D GmbH (und nicht den einzelnen Arbeitern) geltend gemacht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 9 Die vorliegende Revision ist - soweit sie das Verfahren betreffend die Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes betrifft - aus den in der Revision angeführten Gründen zulässig. Sie ist auch begründet:
- 10 Gemäß der Verweisungsbestimmung des § 38 VwGVG gilt im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswegigkeitsprinzip und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist. Das Verwaltungsgericht hat aber neben der Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhalts erforderlichen Beweise auch die Pflicht auf das Parteivorbringen, soweit es für die Feststellung des Sachverhalts von Bedeutung sein kann, einzugehen. Das Verwaltungsgericht darf sich über erhebliche Behauptungen und Beweisanträge nicht ohne Ermittlungen und ohne Begründung hinwegsetzen. Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist dem AVG (vgl. zur Anwendbarkeit im vorliegenden Fall § 38 VwGVG iVm § 24 VStG und § 45 Abs. 2 AVG) eine antizipierende Beweiswürdigung fremd und dürfen Beweisanträge nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel - ohne unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung - untauglich bzw. an sich nicht geeignet ist, über den beweiserheblichen Gegenstand einen Beweis zu liefern (vgl. zum Ganzen VwGH 25.4.2019, Ra 2018/09/0212, mit Verweis auf VwGH 20.5.2015, Ra 2014/09/0041, mwN).
- 11 Der Revisionswerber berief sich im Verfahren darauf, dass die auf der Baustelle angetroffenen Arbeiter Dienstnehmer der D GmbH gewesen seien,



mit der ein Werkvertrag bestanden habe. Zum Beweis dafür hatte er bereits in seiner Beschwerde an das Verwaltungsgericht unter anderem die Einvernahme des Geschäftsführers dieses Unternehmens sowie der Ausländer beantragt. Das Verwaltungsgericht ging in seinem Erkenntnis demgegenüber davon aus, dass nicht festgestellt habe werden können, dass die Ausländer in einem Dienstverhältnis zu jemand anderem als dem Revisionswerber (gemeint wohl: dem vom Revisionswerber als handelsrechtlichen Geschäftsführer repräsentierten Unternehmen), insbesondere dass sie in einem Dienstverhältnis zur D GmbH gestanden wären.

- 12 Das Verwaltungsgericht stützte sich beweiswürdigend dazu im Wesentlichen drauf, dass das Vorliegen eines Werkvertrags mit der D GmbH durch kein Ermittlungsergebnis gestützt worden sei und weder der Revisionswerber noch die Arbeiter im Zeitpunkt der Kontrolle die D GmbH erwähnt hätten. Die aus den Buchhaltungsunterlagen hervorgehenden Zahlungen an die D GmbH wurden als in diesem Zusammenhang nicht aussagekräftig qualifiziert.
- 13 Eine Begründung, weshalb von der Einvernahme der beantragten Zeugen abgesehen wurde, ist dem angefochtenen Erkenntnis nicht zu entnehmen. Das Verwaltungsgericht übergang damit - nicht von vornherein offensichtlich untaugliche - Beweisanträge des Revisionswerbers begründungslos. Wie der Verwaltungsgerichtshof jedoch bereits ausgeführt hat, liegt dem stillschweigenden Übergehen eines beantragten Beweises, solange diesem die grundsätzliche Eignung, zur Feststellung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen, nicht abgesprochen werden kann, eine unzulässige vorwegnehmende Beweiswürdigung zu Grunde (vgl. etwa VwGH 24.3.2011, 2008/09/0075).
- 14 Dem Umstand, dass der - vom Verwaltungsgericht geladene - Geschäftsführer der D GmbH zur mündlichen Verhandlung unentschuldigt nicht erschienen ist, wäre allenfalls durch Zwangsmittel im Sinn des § 19 Abs. 3 AVG zu begegnen gewesen (vgl. VwGH 24.7.2017, Ro 2014/08/0043). Das Absehen von der Einvernahme eines Zeugen, bloß weil dieser nicht erschienen ist, nimmt weder auf die Erforderlichkeit noch die dauerhafte Unmöglichkeit der Beweisaufnahme konkret Bezug und ist daher einem begründungslosen



Hinwegsetzen über einen gestellten - und nicht von vornherein untauglichen - Beweisantrag gleichzuhalten, was sich als unzulässig erweist (vgl. VwGH 21.3.2017, Ra 2016/12/0121, mwN).

- 15 Soweit sich das Verwaltungsgericht in seiner rechtlichen Beurteilung darauf beruft, dass die Ausländer unter solchen Umständen arbeitend angetroffen worden seien, die auf ein Dienstverhältnis hindeuteten, sodass die Annahme eines solchen gerechtfertigt wäre, übersieht es, dass im gegenständlichen Fall der Revisionswerber zu ebendieser Frage das bereits dargelegte Vorbringen samt Beweisantrag erstattete. Auch § 28 Abs. 7 AuslBG entbindet das Verwaltungsgericht nicht, den Sachverhalt von Amts wegen festzustellen, die dafür notwendigen Beweise aufzunehmen, Parteiengehör einzuräumen und ein dem Art. 6 EMRK entsprechendes Verfahren zu führen. Zudem macht die Bestimmung des § 28 Abs. 7 AuslBG eine Auseinandersetzung mit Beweisergebnissen nicht überflüssig, die grundsätzlich geeignet wären, die in dieser Bestimmung normierte gesetzliche Vermutung zu widerlegen (vgl. etwa VwGH 24.3.2009, 2007/09/0287; 25.2.2010, 2008/09/0257).
- 16 Aus dem vom Verwaltungsgericht festgestellten Umstand, dass die D GmbH „sowohl gemäß dem Firmenbuch als auch gemäß der vom Bundesministerium für Finanzen geführten Liste als Scheinunternehmen“ gelte, ist für den Bereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes schon von vornherein nicht unmittelbar etwas zu gewinnen (siehe zum Anwendungsbereich des Gesetzes § 2 Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz [SBBG]). Zudem fehlten Feststellungen zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung (Veröffentlichung gemäß § 3 Abs. 1 Z 15a Firmenbuchgesetz iVm § 8 Abs. 11 SBBG) der Scheinunternehmereigenschaft (vgl. § 9 SBBG).
- 17 Indem das Verwaltungsgericht begründungslos von der Einvernahme der - soweit aus den vorliegenden Akten ersichtlich, im gesamten Verfahren auch nicht niederschriftlich einvernommenen - Zeugen absah und es nicht ausgeschlossen ist, dass es bei Durchführung der unterlassenen Ermittlungen zu anderen Feststellungen gekommen wäre, belastete es sein Erkenntnis mit einem relevanten Verfahrensmangel.





- 18 Das angefochtene Erkenntnis war daher im Umfang der Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und der damit untrennbar verbundenen Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.
- 19 Da sich das Ausländerbeschäftigungsgesetz auf den Kompetenztatbestand „Arbeitsrecht“ (Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG) stützt und somit in Gesetzgebung und Vollziehung in den Kompetenzbereich des Bundes fällt, war der Antrag des Revisionswerbers, das Land Niederösterreich zum Aufwandersatz zu verpflichten, abzuweisen (vgl. VwGH 7.9.2023, Ra 2023/09/0124, mwN).

W i e n , am 4. April 2024

