

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/11/23 2004/09/0167

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.11.2005

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §18 Abs1;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2002/I/160;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 litb idF 2002/I/160;  
AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;  
AVG §19;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
VStG §24;  
VStG §51g Abs1;  
VStG §51g Abs3;  
VStG §51i;  
VwGG §42 Abs2 Z3 lita;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litb;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde der A in R, vertreten durch Dr. Franz Zimmermann, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Karfreitstraße 8/I, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 27. August 2004, Zl. KUVS-496-497/8/2004, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## Spruch

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

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, sie habe am 15. November 2003 zwei namentlich genannte slowenische Staatsangehörige auf ihrem Anwesen in R mit dem Montieren eines Balkons beschäftigt, obwohl für diese Personen weder eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei und die Ausländer auch nicht im Besitz einer für diese Beschäftigung gültigen Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises gewesen seien. Sie habe dadurch die Vorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt und sei mit zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 67 Stunden) zu bestrafen gewesen.

Die belangte Behörde traf auf Grund der Ergebnisse der von ihr durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung die Feststellung, am 15. November 2003 hätten Organe des Zollamtes V eine Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz beim Wohnhaus der Beschwerdeführerin durchgeführt, im Zuge derer die beiden genannten slowenischen Staatsangehörigen beim Montieren eines Balkons angetroffen worden seien. Die Beschwerdeführerin sei vor ihrer Pensionierung bei der Firma W tätig gewesen und habe dabei den erstgenannten slowenischen Staatsangehörigen kennen gelernt, bei welchem es sich um den Juniorchef der Firma B handle. Dieser sei nach Österreich gekommen und habe den Balkon vermessen, der in der Folge geliefert und auch beim Zollamt Wurzenpass verzollt worden sei. Aus einer Bestätigung sei ersichtlich, dass dieser Ausländer 1.800 EUR für den Balkon (Material und Arbeit) in bar erhalten habe. Auch aus dem vorgelegten Kontoauszug gehe hervor, dass die Beschwerdeführerin diesen Betrag bar von ihrem Konto behoben habe. Der Auftrag sei mündlich erfolgt und habe es auch in der Folge keine Rechnung gegeben, sondern lediglich diese Barzahlung. Nach einer beglaubigten Erklärung dieses Ausländers habe er die Beschwerdeführerin schon längere Zeit gekannt, weshalb sie sich an ihn gewendet habe, als sie ein Balkongeländer benötigt hätte, weil sie gewusst habe, dass er Tischler sei. Da es sich um einen kleinen Balkon gehandelt habe, habe er ihr versprochen, diesen für sie anzufertigen. Für diese Arbeit sei ein Pauschalpreis in Höhe von EUR 1.800,-- für Arbeit (Herstellung) inklusive Montage vereinbart worden. Die Beschwerdeführerin sei Pensionistin, verfüge über ein monatliches Einkommen von 1.600,-- EUR und besitze an Vermögen ein Wohnhaus, welches jedoch verschuldet sei; sie habe keine Sorgspflicht und sei verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

Im Rahmen der Beweiswürdigung führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin habe nicht bestritten, dass die beiden slowenischen Staatsangehörigen bei ihr ohne Bewilligung ein Balkongeländer montiert hätten. Sie habe sich jedoch darauf berufen, dass sie diesen Auftrag der Firma B, einem Gewerbebetrieb in Slowenien, erteilt habe, und einer der Ausländer der Juniorchef dieser Firma sei. Dem sei jedoch entgegen zu halten, dass die Firma B hinsichtlich eines Kostenvoranschlages oder hinsichtlich einer sonstigen Vereinbarung nicht aufscheine. Die schriftliche Vereinbarung bzw. die Bezahlung sei direkt an den erstgenannten Ausländer vorgenommen worden. Bei der Ersteinvernahme habe dieser, der deutschen Sprache ausreichend mächtig, zu Protokoll gegeben, dass er fünf Euro die Stunde für die Montage von der Beschwerdeführerin erhalten würde. Dasselbe Entgelt sei auch mit dem weiteren Ausländer vereinbart worden. Die Beschwerdeführerin habe diese Angaben ursprünglich bestätigt, in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung habe sie jedoch angegeben, die Angaben dieses Ausländers seien zur Gänze erfunden, sie habe auch bei der Zollbehörde unwahre Angaben gemacht. Insgesamt sei die Verantwortung der Beschwerdeführerin nicht glaubhaft und gehe insbesondere aus keiner der Unterlagen ein Kontakt mit dem Gewerbebetrieb B hervor. Dass sie dem erstgenannten Ausländer

1.800 EUR für den Balkon inklusive Montage bezahlt habe, sei belegt und glaubhaft.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, der objektive Tatbestand sei erfüllt. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, dass sie an der (gemeint: Verletzung) der zur Last gelegten Verwaltungsvorschriften kein Verschulden treffe, weil sie der Meinung gewesen sei, dass eine ausländische Firma in Österreich Montagearbeiten durchführen könne, werde entgegen gehalten, dass der Beschwerdeführerin zumindest Zweifel hätten kommen müssen, ob eine derartige Vorgangsweise rechtens sei oder nicht. Sie hätte bei der zuständigen Behörde anfragen müssen, ob eine Bewilligung benötigt werde. Zudem gehe ein Rechtsverhältnis mit der slowenischen Firma aus keiner Unterlage zweifelsfrei hervor. Soweit auf die Bestimmung des § 5 Abs. 2 VStG verwiesen werde, sei nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedürfe. Der Beschwerdeführerin hätten zumindest Zweifel kommen müssen, ob die wenn auch nur kurzfristige Heranziehung der

Ausländer zu bestimmten Arbeiten nicht einer Bewilligungspflicht unterliege. In der Unterlassung von Erkundigungen bei der zuständigen Bewilligungsbehörde liege zumindest fahrlässiges Verhalten, welches die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 2 VStG ausschließe. Im Übrigen lege die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe dar und erachtete insbesondere die Voraussetzungen für die Unterschreitung der Mindeststrafe gemäß § 20 VStG bzw. für ein gänzlich absehen von der Verhängung einer Strafe im Sinne des § 21 VStG als nicht gegeben.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte und legte die Verwaltungsakten vor.

Die Beschwerdeführerin erstattete zur Gegenschrift der belangten Behörde eine Replik.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 126/2002, darf ein Arbeitgeber, 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 Arbeiterlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a und b AuslBG, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 160/2002, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

wer

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 Arbeiterlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde,

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,

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 5.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis zu 10.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis zu 25.000 Euro;

Nach § 18 Abs. 1 AuslBG bedürfen Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf.

Zunächst rügt die Beschwerdeführerin die Unterlassung der Einvernahme des von ihr beantragten, im Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses erstgenannten Ausländers als Zeugen und auch die Unterlassung der Ladung des zweitgenannten Ausländers bzw. Vernehmung beider im Rechtshilfeweg. Aus deren Angaben, insbesondere jener des erstgenannten Ausländers hätte sich ergeben, dass dieser als Juniorchef der Firma B zur Montage des bereits gelieferten Balkons gekommen sei, aus der Aussage des zweitgenannten Ausländers hätte sich bestätigen können, dass sie diesen bis zum Tatzeitpunkt überhaupt nicht gekannt habe. Auch sei dieser, der deutschen Sprache nicht mächtige Zeuge anlässlich seiner Niederschrift ohne geeigneten Dolmetscher einvernommen worden.

Aktenwidrig sei auch die Ausführung der belangten Behörde, aus keiner Urkunde hätte sich ergeben, dass der Auftrag an ein Unternehmen "im Rechtssinn" erteilt worden sei. Aus der Originalrechnung vom 3. November 2003 und der Zahlungsbestätigung des Zollamtes vom selben Datum hätte sich dies einwandfrei ergeben. Dies sei auch durch die

Behörde erster Instanz festgestellt worden, es bedeute daher eine unzulässige reformatio in peius, wenn die belangte Behörde diese Feststellungen ohne entsprechende Beweisaufnahme zu Ungunsten der Beschwerdeführerin nicht übernommen habe.

Im Übrigen behauptet die Beschwerdeführerin eine unrichtige Anwendung der §§ 20 und 21 VStG, mit dem Argument, zumindest hätte die vorgenommene Verzollung einen weiteren Milderungsgrund dargestellt.

Insoweit die Beschwerdeführerin die Unterlassung der Einvernahme des im erstinstanzlichen Straferkenntnis erstgenannten Ausländers als Mangel des Berufungsverfahrens rügt, ist ihr entgegen zu halten, dass die belangte Behörde nach Ausweis der vorgelegten Verwaltungsakten versucht hat, den Zeugen an seiner im Ausland gelegenen Anschrift zur Verhandlung zu laden. Dass der Zeuge trotz dieser von ihm übernommenen Ladung nicht zur mündlichen Berufungsverhandlung erschienen ist, sondern lediglich eine schriftliche Erklärung geschickt hat, macht das von der belangten Behörde durchgeführte Verfahren nicht mangelhaft, weil die belangte Behörde nach § 19 AVG nicht in der Lage ist, das Erscheinen im Ausland ansässiger Zeugen durchzusetzen. Schon im Hinblick auf die gebotene Unmittelbarkeit des Verfahrens vor der belangten Behörde kann es auch nicht als rechtswidrig erkannt werden, wenn die belangte Behörde von einem Rechtshilfersuchen Abstand genommen hat. Die belangte Behörde durfte nämlich gemäß § 51i VStG bei der Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht nehmen, was in der Verhandlung vorgekommen ist. Sie hat dabei gemäß § 51g Abs. 1 VStG die erforderlichen Beweise (selbst) aufzunehmen und durfte Niederschriften über die Vernehmung von Zeugen nur unter den Voraussetzungen des § 51g Abs. 3 VStG verlesen. Im Übrigen hat die belangte Behörde jene Feststellung, deretwegen die Beschwerdeführerin diesen Zeugen beantragt hatte, nämlich dass es sich bei ihm um den Juniorchef des beauftragten Unternehmens gehandelt habe, ohnedies getroffen.

Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin die Einvernahme des im erstinstanzlichen Straferkenntnis zweitgenannten Ausländers gar nicht beantragt hat, erscheint auch die Unterlassung der Ladung dieses Zeugen zur Berufungsverhandlung im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen als nicht rechtswidrig, kommt es doch auf die Frage, ob der Beschwerdeführerin dieser Ausländer vor dem Tatzeitpunkt bekannt gewesen sei oder nicht, nicht an. Die Relevanz einer allfälligen, in der Unterlassung der Ladung und Vernehmung dieser Zeugen gelegenen Verfahrensverletzung kann daher nicht erkannt werden.

Auch die in der Beschwerde aufgestellte Behauptung, mit dem im erstinstanzlichen Straferkenntnis zweitgenannten slowenischen Staatsangehörigen sei überhaupt keine rechtsgültige Niederschrift aufgenommen worden, erweist sich im Hinblick auf die vorgelegten Verwaltungsakten als unrichtig.

Auch wenn die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren die Behauptung aufstellt, die vor dem Hauptzollamt bzw. in erster Instanz erfolgten Vernehmungen des im erstinstanzlichen Straferkenntnis erstgenannten Ausländer ohne Dolmetsch bzw. des zweitgenannten Ausländers lediglich durch Beiziehung des erstgenannten Ausländers als Dolmetsch sei rechtswidrig, ist sie auf den gemäß § 39a AVG auch auf Dolmetscher anzuwendenden § 52 Abs. 2 AVG zu verweisen, wonach dann, wenn Amtsdolmetscher nicht zur Verfügung stehen, auch andere "geeignete" Personen als Dolmetscher von der Behörde beizuziehen sind. Auf eine Beeidigung kommt es dabei nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. September 2002, Zl. 2001/09/0018). Im Übrigen erfordert die Einvernahme eines slowenischen Staatsangehörigen, welcher selbst erklärt, der deutschen Sprache mächtig zu sein (vgl. die Niederschrift vor dem Zollamt V vom 15. November 2003 samt Anhang) jedenfalls nicht die Beiziehung eines Dolmetschers (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 24. April 2003, Zl. 2000/09/0159).

Dennoch ist die Beschwerde berechtigt:

Die belangte Behörde ging nämlich - abweichend von den diesbezüglichen Feststellungen der Behörde erster Instanz - davon aus, es habe sich bei dem Auftrag zur Herstellung und Montage des Balkongitters lediglich um eine mündliche Vereinbarung mit dem im erstinstanzlichen Straferkenntnis erstgenannten Ausländer gehandelt, zumal "aus keiner Urkunde ersichtlich" gewesen sei, dass die Vereinbarung mit einem Unternehmen abgeschlossen worden wäre. Dies ist unzutreffend. In der Verhandlung vom 22. April 2004 wurden der belangten Behörde nach dem Inhalt des hierüber aufgenommenen Protokolls vom Vertreter der Beschwerdeführerin eine Rechnung der Firma B und die dazugehörige Verzollung über "10 m Balkon um EUR 638,--" vorgelegt. Diese Originalrechnung wurde nach Einsichtnahme durch die belangte Behörde dem Beschwerdevertreter wiederum ausgefolgt. Auch die laut diesem Protokoll als Beilage .A zum Akt genommene Visitenkarte des im erstinstanzlichen Straferkenntnis erstgenannten Ausländer, der "Juniorchef" des

genannten Unternehmens ist, scheint in den dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Verwaltungsakten nicht mehr auf. Die im Rahmen der Beweiswürdigung angestellte Überlegung, "ein Rechtsverhältnis mit der slowenischen Firma" gehe "aus keiner Unterlage zweifelsfrei hervor", ist jedenfalls aktenwidrig. Die auf dieser Aktenwidrigkeit beruhende Beweiswürdigung der belangten Behörde erweist sich schon aus diesem Grunde als unschlüssig. Vielmehr hätte die belangte Behörde auch auf die von ihr wieder ausgefolgten Urkunden im Rahmen der Beweiswürdigung in irgendeiner Weise Bezug nehmen müssen, um zu erklären, aus welchen Gründen sie die dadurch bestätigten Rechtsverhältnisse nicht als gegeben erachtet hat. Sie ging aber im Rahmen der von ihr getroffenen Feststellungen und ihrer Darlegungen zur Beweiswürdigung über diese von ihr zwar eingesehenen, jedoch nicht mehr im Akt befindlichen Beweisergebnisse wortlos hinweg.

Dieser (sekundäre) Begründungsmangel erweist sich aber auch als für die rechtliche Beurteilung wesentlich, weil im Falle des Vorliegens bloßer Montagearbeiten an einem im Ausland hergestellten Objekt durch Beschäftigte eines über keinen Betriebssitz im Bundesgebiet verfügenden ausländischen Unternehmens allenfalls eine Bestrafung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b in Verbindung mit § 18 Abs. 1 AuslBG hätte erfolgen dürfen. Zwar handelt es sich dabei um eine die gleiche Strafordrohung enthaltende Norm wie jener § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, nach welchem die Beschwerdeführerin verurteilt worden ist, doch unterscheiden sich die beiden Tatbilder voneinander und sind nicht beliebig austauschbar (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Januar 2004, Zl. 2001/09/0230). Es wäre also von der belangten Behörde zu prüfen und festzustellen gewesen, inwieweit auch der im erstinstanzlichen Straferkenntnis erstgenannte Ausländer, der "Juniorchef" des in Rede stehenden ausländischen Unternehmens, in diesem Sinne als "betriebsentsandter" Dienstnehmer und oder etwa als Unternehmer tätig geworden ist.

Zutreffend rügt die Beschwerdeführerin aber auch die Mangelhaftigkeit der Begründung in Bezug auf die Anwendbarkeit der §§ 20 bzw. 21 VStG. Zu § 20 VStG vermerkt die belangte Behörde lediglich, sie sehe die Voraussetzungen für dessen Anwendung als "nicht gegeben, zumal im Rahmen des konkreten Sachverhaltes diese nicht vorliegen". Diese Begründung ist in Wahrheit keine, aus der sich die von der belangten Behörde dazu angestellten Erwägungen erkennen und überprüfen ließen.

Aber auch in Bezug auf die Anwendbarkeit des § 21 VStG reicht die Begründung der belangten Behörde nicht aus. Wie sie zutreffend zitiert, wird von der Rechtsprechung die Schuld des Beschuldigten dann als geringfügig erachtet, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafordrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt. Warum dies im vorliegenden Fall nicht angenommen wurde, geht aus dem angefochtenen Bescheid nicht hervor.

Aus diesen Gründen war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. a bis c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 23. November 2005

### **Schlagworte**

Berufungsverfahren Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweismittel Zeugenbeweis Besondere Rechtsgebiete" zu einem anderen Bescheid" Beweismittel Zeugenbeweis

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2004090167.X00

### **Im RIS seit**

08.01.2006

### **Zuletzt aktualisiert am**

30.04.2009

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)