



## **Spruch**

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

Der Bund hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid wurden die Beschwerdeführer in Erledigung ihrer Berufungen gegen die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft N vom 5. September 2005 (betreffend den Erstbeschwerdeführer) und vom 6. September 2005 (betreffend den Zweitbeschwerdeführer) schuldig erkannt, sie hätten als Besitzer der Grundstücke GB K Nr. 899/17 (betreffend den Erstbeschwerdeführer) und Nr. 899/33 (betreffend den Zweitbeschwerdeführer) die Arbeitsleistungen (Arbeiten wie Aufmauern des Kellergeschosses, Mischen von Mörtel und Zureicharbeiten) namentlich genannter 16 (betreffend den Erstbeschwerdeführer) bzw. 6 (betreffend den Zweitbeschwerdeführer) slowakischer Staatsangehöriger entgegen § 18 AuslBG in Anspruch genommen, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt worden seien, ohne dass für diese Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigenbestätigung erteilt worden sei. Sie hätten dadurch die Rechtsvorschriften des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm § 18 Abs. 1 AuslBG verletzt und seien hiefür zu 16 (betreffend den Erstbeschwerdeführer) bzw. 6 (betreffend den Zweitbeschwerdeführer) Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils 24 Stunden) nach dem dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG zu bestrafen gewesen.

Die belangte Behörde stellte nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung fest, Ing. O. K. (Beschwerdeführer zum Parallelverfahren 2007/09/0380, ehemals 2005/09/0137) und die gegenständlichen Beschwerdeführer hätten ein namentlich bezeichnetes slowakisches Unternehmen mit Sitz in der Slowakei, welches im Bundesgebiet keinen Betriebssitz habe, mit der Errichtung von Einfamilienhäusern auf ihren jeweils benachbarten Grundstücken in K beauftragt. Es seien jeweils Werkverträge mit der slowakischen Firma abgeschlossen worden, die unter anderem die Vertragsbestimmung enthalten hätten, dass die Bauwerke in Übereinstimmung mit den österreichischen Vorschriften errichtet werden sollten, wobei der Werkunternehmer die Verantwortlichkeit für alle eventuellen Sanktionen seitens österreichischer Kontrollorgane hätte übernehmen sollen. Am 11. Jänner 2005 habe das zuständige Zollamt E auf den (jeweils den Beschwerdeführern zugeordneten) Baustellen Kontrollen nach dem AuslBG durchgeführt, wobei die in dem jeweiligen erstinstanzlichen Straferkenntnis namentlich genannten slowakischen Staatsangehörigen angetroffen worden seien. Zum Zeitpunkt der Kontrollen seien von den Zollorganen im Einzelnen bezeichnete dreizehn Ausländer auf der Baustelle des Erstbeschwerdeführers angetroffen worden, sie seien mit dem Mischen von Mörtel und dem Aufmauern der Kellerwände beschäftigt gewesen. Die weiteren namentlich genannten sechs Arbeiter seien gerade im Begriff gewesen einen Baucontainer zu verlassen, der sich in unmittelbarer Nähe der drei Baustellen befunden habe. Von der Zollbehörde sei der slowakische Vorarbeiter des slowakischen Werkunternehmers, P. P., einvernommen worden, welcher eine Liste erstellt habe, aus der ersichtlich gewesen sei, welche der angetroffenen Arbeiter am 11. Jänner 2005 auf welchen Baustellen beschäftigt gewesen seien. P. P. habe vor Ort die Arbeitseinteilung vorgenommen. Das Werkzeug und der Baucontainer seien von dem ausländischen Unternehmen zur Verfügung gestellt worden, auch die Entlohnung der Arbeiter sei durch dieses Unternehmen erfolgt. Die drei Einfamilienhäuser seien gleichzeitig gebaut worden. Zunächst sei die Bodenplatte des einen Hauses und danach die Bodenplatte des nächsten Hauses fertig gestellt worden. Zum Zeitpunkt der Kontrolle sei beim Haus des Erstbeschwerdeführers die Bodenplatte fertig gestellt und die Kellerwände teilweise hochgezogen gewesen. Bei den Baustellen des Zweitbeschwerdeführers und des im Parallelverfahren auftretenden Beschwerdeführers Ing. O. K. seien jeweils die Bodenplatten fertig gestellt gewesen. Der Erstbeschwerdeführer habe sich im Gemeindeamt K bei einem Sachbearbeiter für Bauangelegenheiten darüber informiert, ob das genannte slowakische Unternehmen die Bauarbeiten auf seinem Grundstück durchführen dürfe. Von der Gemeinde seien ihm gegenüber keine Einwände geäußert worden. Die Arbeiter seien nicht nur auf einer Baustelle, sondern je nach Bedarf auf allen drei nicht durch Zäune eingegrenzten Baustellen eingesetzt worden. Insbesondere aus der Liste des P. P. habe sich ergeben, dass mehrere Arbeiter am Tattag nicht nur auf einer, sondern teilweise auch auf allen drei Baustellen gearbeitet hätten. Zum anderen habe er auch anlässlich der Betretung dem Organ der Zollwache dargelegt, dass die Arbeitseinteilung "durch ihn persönlich vor Ort und nach Arbeitsaufwand" erfolgt sei. Auch der Erstbeschwerdeführer habe in der mündlichen Verhandlung angegeben, die Baukosten würden durch das

ausländische Unternehmen pauschal und nicht aufgeschlüsselt nach geleisteter Arbeitszeit pro Arbeiter verrechnet. Der Vorarbeiter P. P. scheine zwar in der von ihm selbst erstellten Liste nicht auf, habe aber die Einteilung der einzelnen Arbeiter auf den Baustellen der Beschwerdeführer vorgenommen und dadurch für das ausländische Unternehmen bereits Arbeitsleistungen auf beiden Baustellen der Beschwerdeführer erbracht.

Nach Darlegung der von ihr in Anwendung gebrachten gesetzlichen Bestimmungen beurteilte die belangte Behörde den von ihr festgestellten Sachverhalt rechtlich dahingehend, dass eine Inanspruchnahme im Sinne des § 18 AuslBG dann vorliege, wenn ein Privater mit einem ausländischen Unternehmen, das keinen Betriebssitz im Inland aufweise, einen Werkvertrag abschließe und der Werkunternehmer ausländische Arbeitnehmer zur Herstellung des Werkes ins Inland entsende. Da es sich hier um Bauarbeiten gehandelt habe, hätten die Beschäftigten und Arbeitnehmer einer Beschäftigungsbewilligung bedurft. Die belangte Behörde gehe davon aus, dass die einzelnen ausländischen Arbeitskräfte auf den drei Baustellen nach dem jeweils konkreten Bedarf vom ausländischen Arbeitgeber eingesetzt worden seien. Es komme daher der täglich festgehaltenen Arbeitseinteilung durch den Vorarbeiter P. P. für die Feststellung der konkreten Tätigkeit der Ausländer maßgebliche Beweiskraft zu. Nur auf diese Weise könne nachvollzogen werden, welcher Arbeiter an welchen Tagen auf welcher Baustelle gearbeitet habe. Da der belangten Behörde eine Arbeitseinteilung jedoch nur für den 11. Jänner 2005 vorliege und die konkrete Zurechnung der Arbeiter zu der jeweiligen Baustelle für die übrigen Tage nicht mehr erweislich sei, seien die Tatzeiten in beiden Verfahren auf den 11. Jänner 2005 einzuschränken gewesen. Da der Vorarbeiter P. P. ebenfalls auf beiden Baustellen gearbeitet habe, sei er im Sinne des AuslBG ebenfalls "in Anspruch genommen worden". Vor dem Hintergrund dieser Sachlage sei es nicht nachvollziehbar, weshalb es denkunmöglich erscheinen sollte, dass mehrere Arbeiter am selben Tag an mehreren Baustellen gearbeitet hätten. Die Beschwerdeführer selbst hätten diese Argumentation in der mündlichen Verhandlung nicht mehr aufrecht erhalten. Der Erstbeschwerdeführer habe in der Verhandlung "vermutet", dass die Arbeiter "gleichzeitig" auf den Baustellen gearbeitet hätten. Der Zweitbeschwerdeführer habe diese Angaben bestätigt. Ein Widerspruch zum bereits rechtskräftigen Straferkenntnis den dritten Bauherrn (Ing. O. K.) betreffend sei daher nicht erkennbar. Damit sei aber der objektive Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG iVm der Übergangsbestimmung des § 32a Abs. 6 AuslBG verwirklicht. Zum Verschulden führte die belangte Behörde aus, die vorgeworfene Verwaltungsübertretung sei ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG, wonach die Behörde die Beweislast lediglich hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trage, während es Sache des Täters sei, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden treffe. Der Bauherr sei allerdings gehalten, sich Kenntnis über die seinem Vorhaben entgegenstehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu verschaffen. In den vorliegenden Fällen seien mit einer slowakischen Firma mit ausschließlichem Betriebssitz in der Slowakei inhaltlich identische Werkverträge abgeschlossen worden. Die Beschwerdeführer hätten sich bei der Bewilligungsbehörde, also dem Arbeitsmarktservice und nicht etwa bei der Gemeinde K, erkundigen müssen, ob betriebsentsandte Arbeiter einer slowakischen Firma in Österreich ohne Bewilligung hätten arbeiten dürfen oder ob das Erfordernis einer arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung für die Arbeiter der slowakischen Firma bestünde. In der Unterlassung einer solchen Erkundigung liege ein fahrlässiges Verhalten, das die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 2 VStG ausschließe. Der Hinweis der Beschwerdeführer, dass sich das slowakische Unternehmen ihnen gegenüber verpflichtet habe, das Bauwerk oder die Bauwerke in Übereinstimmung mit den österreichischen Vorschriften zu errichten, und dafür auch im Wege des Schadenersatzes einzustehen, vermöge die Beschwerdeführer jedenfalls nicht zu exkulpieren; diesbezüglich seien die Beschwerdeführer auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Auch mit dem Einwand, sie hätten nicht damit rechnen können, dass eine derart hohe Anzahl von ausländischen Arbeitskräften auf ihren Baustellen arbeiteten, sei für die Beschwerdeführer nichts zu gewinnen, zumal sie sich nach ihrem eigenen Vorbringen gar nicht darum gekümmert hätten, welche und wie viele Arbeiter die slowakische Firma jeweils eingesetzt habe. Die Disposition darüber hätten sie gänzlich diesem Unternehmen überlassen, weil sie dem Rechtsirrtum unterlagen seien, dass die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung für den Einsatz der ausländischen Arbeitskräfte allein dieses Unternehmen zu tragen hätte. Die Verschuldensfrage wäre allenfalls dann anders zu beurteilen gewesen, wenn sich die Beschwerdeführer bereits im Vorfeld über das Vorliegen der Beschäftigungsbewilligungen der für den Einsatz auf der jeweiligen Baustelle vorgesehenen ausländischen Arbeitskräfte vergewissert hätten, die slowakische Firma jedoch in der Folge tatsächlich unter Umgehung zumutbarer Vorkehrungen durch die Beschwerdeführer andere Arbeiter auf der Baustelle eingesetzt hätte. Daher sei auch die subjektive Tatseite des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG verwirklicht.

Auf Grund der nicht unbedeutenden Folgen der Übertretungen - es sei in beiden Fällen eine nicht unerhebliche Anzahl

ausländischer Arbeitskräfte unerlaubt in Anspruch genommen und dadurch der inländische Arbeitsmarkt erheblich beeinträchtigt worden - komme ein Absehen von der Strafe nach § 21 Abs. 1 VStG nicht in Betracht.

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 legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften machen die Beschwerdeführer geltend, zu Unrecht habe die belangte Behörde von der im Berufungsverfahren beantragten Einvernahme der Ausländer sowie der kontrollierenden Organe der Zollwache abgesehen, obwohl ladungsfähige Anschriften sämtlicher beantragter Zeugen aktenkundig gewesen seien. Für die Unterlassung der Einvernahme dieser Zeugen habe die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid auch nicht einmal eine Begründung gegeben. So habe sie auch nicht ausgeführt, diese Zeugen hätten keine zweckdienlichen Angaben machen oder zur Wahrheitsfindung nichts beitragen können. Beide Beschwerdeführer behaupten, dass die in den Straferkenntnissen genannten ausländischen Staatsangehörigen am Tattag jedenfalls nicht auf ihrem Grundstück tätig gewesen seien, was durch Einvernahme dieser Zeugen hätte erwiesen werden können. Zu Unrecht habe sich die belangte Behörde vielmehr lediglich auf eine von dem Zeugen P. P. erstellte Liste bezogen, dieses Vorgehen verstößt gegen das Unmittelbarkeitsgebot. Da selbst die Verlesung von Zeugenaussagen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei und ein verurteilendes Erkenntnis nicht ausschließlich bzw. nicht auch nur in wesentlichem Ausmaß auf die Niederschrift einer Zeugenaussage gestützt werden dürfe, sei dies umso weniger bei einer bloß von einer als Zeugen in Frage kommenden beantragten, nicht aber als Zeuge einvernommenen Person erstellten Liste zulässig. Vielmehr habe die belangte Behörde ihre verurteilenden Erkenntnisse ausschließlich auf diese von P. P. erstellte Liste gestützt, ohne diesen selbst auch nur über die Umstände der Erstellung der Liste und diese selbst zu befragen und den Beschwerdeführern die Möglichkeit zu eröffnen, selbst Fragen an diesen Zeugen zu richten.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bringen die Beschwerdeführer vor, zu Unrecht habe die belangte Behörde auch die Stellungnahme des Zollamtes E, vom 7. April 2005 unbeachtet gelassen, in welcher darauf verwiesen worden sei, dass es sich beim Baugewerbe um einen geschützten Sektor im Sinne des EU-Erweiterungsanpassungsgesetzes handle und nach § 18 Abs. 11 AuslBG für die Arbeiten, die im Bundesgebiet üblicherweise von Betrieben der Wirtschaftsklasse Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation, sonstiges Baugewerbe und Vermietung von Baumaschinen und Baugeräten mit Bedienungspersonal gemäß der Systematik der ÖNACE erbracht würden, eine Entsendebewilligung nicht erteilt werden könne. Das Zollamt E habe auch in dieser Stellungnahme darauf verwiesen, dass die im Straferkenntnis bezeichneten ausländischen Staatsbürger bei Arbeiten angetroffen worden seien, die üblicherweise von Betrieben der Wirtschaftsklasse "sonstiges Baugewerbe" durchgeführt würden. Es liege - so das Zollamt E implizit weiter - daher kein Verstoß gegen § 18 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG (Unterstreichung durch den Verwaltungsgerichtshof) vor. Warum daher die belangte Behörde dennoch eine Verletzung eben dieser Rechtsvorschrift ahnde, sei unverständlich. Die Behörde habe des Weiteren unbeachtet gelassen, dass sich die slowakische Werkunternehmerin in den Werkverträgen verpflichtet habe, die Bauwerke in Übereinstimmung mit den österreichischen Vorschriften zu errichten. Die Beschwerdeführer hätten auf Grund dieser Zusicherung darauf vertrauen dürfen, dass die österreichische Rechtslage strikt eingehalten würde und das slowakische Unternehmen alle erforderlichen Bewilligungen erlangt habe. Jedenfalls wiege ihr Verschulden so gering, dass § 21 VStG Anwendung zu finden gehabt hätte. Es sei auch nicht nachvollziehbar wie die Behörde zu der Überlegung gekommen sei, dass sechs der betretenen Ausländer gleichzeitig auf drei Baustellen verwendet worden seien; dies sei denkunmöglich. Es lägen keinerlei Beweisergebnisse vor, dass alle im Straferkenntnis gegen den Erstbeschwerdeführer genannten sechzehn, im Straferkenntnis gegen den Zweitbeschwerdeführer genannten sechs slowakischen Staatsangehörigen jeweils auf den Baustellen des Erst- bzw. Zweitbeschwerdeführers tätig gewesen seien, zumal auf der Baustelle des Zweitbeschwerdeführers überhaupt keine Personen angetroffen worden seien. Selbst wenn Personen auf dem Grundstück des Erstbeschwerdeführers betreten worden seien, seien dies nicht sechzehn, sondern lediglich dreizehn Personen gewesen.

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBI. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBI. I Nr. 133/2003, gilt als Beschäftigung die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, 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, BGBI. Nr. 196/1988.

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung sind den Arbeitgebern gleichzuhalten

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 bis 16 auszustellen ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung BGBI. I Nr. 126/2002, darf ein Arbeitgeber (siehe dazu § 2 Abs. 2 leg. cit.), 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 einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 18 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung BGBI. I Nr. 136/2004, bedürfen Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, einer Beschäftigungsbewilligung, soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt ist (ein solcher Ausnahmefall liegt hier unbestritten nicht vor). Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf.

Nach Abs. 11 dieser Bestimmung kann für Arbeiten, die im Bundesgebiet üblicherweise von Betrieben der Wirtschaftsklassen Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation, sonstiges Baugewerbe und Vermietung von Baumaschinen und Baugeräten mit Bedienungspersonal gemäß der Systematik der ÖNACE erbracht werden, eine Entsendebewilligung nicht erteilt werden.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG, in der Fassung BGBI. I Nr. 28/2004, 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

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 Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, oder

- b) entgegen dem § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländer, 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, 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 § 32a Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBI. I Nr. 101/2005, gilt § 1 Abs. 2 lit. l und m - mit Ausnahme der Staatsangehörigen der Republik Malta und der Republik Zypern - nicht für Staatsangehörige jener Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die am 1. Mai 2004 aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union (Beitrittsvertrag), Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 236 vom 23. September 2003, Seite 17 und Nr. C 227 E vom 23. September 2003, der Europäischen Union beigetreten sind, es sei denn, sie sind Ehegatten, Kinder, Eltern oder Schwiegereltern eines freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), der bereits vor In-Kraft-Treten des Beitrittsvertrages dem EWR angehörte, oder sie sind Ehegatten oder Kinder eines österreichischen Staatsbürgers oder eines Staatsangehörigen eines anderen EWR-Mitgliedstaates, der sein Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nimmt. Nach Abs. 6 dieser Gesetzesbestimmung ist für die Beschäftigung von EU-Bürgern gemäß Abs. 1 oder von Drittstaatsangehörigen, die von einem Arbeitgeber mit Betriebssitz in der Tschechischen Republik, in der Republik Estland, in der Republik Lettland, in der Republik Litauen, in der Republik Ungarn, in der Republik Polen, in der Republik Slowenien oder in der Slowakischen Republik zur vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen in einem Dienstleistungssektor, für den nach Nr. 13 des Übergangsarrangements zum Kapitel Freizügigkeit im Beitrittsvertrag (Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte in den Anhängen V und VI, VIII bis X sowie XII bis XIV) Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV zulässig sind, in das Bundesgebiet entsandt werden, § 18 Abs. 1 bis 11 anzuwenden. In einem Dienstleistungssektor, in dem Einschränkungen nicht zulässig sind, ist § 18 Abs. 12 anzuwenden.

Insofern die Beschwerdeführer behaupten, die belangte Behörde habe zu Unrecht die Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b (anstelle lit. a) in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG herangezogen, ist ihnen der Wortlaut dieser Bestimmung entgegen zu halten, wonach jede Inanspruchnahme ausländischer Arbeitnehmer eines ausländischen Vertragspartners, der nicht über einen im Bundesgebiet liegenden Betriebssitz verfügt, strafbar ist, wenn für diese Arbeitnehmer entgegen § 18 leg. cit. weder Beschäftigungsbewilligung noch Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde. Es kommt also hier nicht darauf an, ob im gegenständlichen Fall Entsendebewilligungen nicht beantragt wurden, weil solche nach § 18 Abs. 11 leg. cit. im konkreten Fall nicht hätten ausgestellt werden können, sondern darauf, dass auch die hier richtigerweise zu beantragen gewesenen Beschäftigungsbewilligungen im Sinne des § 18 Abs. 1 AuslBG nicht beantragt worden waren. Die von der Zollwache in ihrer Stellungnahme vom 7. April 2005 vorgenommene rechtliche Subsumtion des vorliegenden Sachverhaltes ist für die Strafbehörden im Übrigen nicht bindend. Dass der ausländische Arbeitgeber der angetroffenen Arbeiter vom Ausland aus die erforderlichen Bewilligungen eingeholt hätte, wurde nicht behauptet. Die belangte Behörde hat daher den vorliegenden Sachverhalt zutreffend auf die Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG gestützt.

Auch der Einwand der Beschwerdeführer, die Annahme der belangten Behörde, dass zumindest sechs der betretenen Arbeiter auf allen drei Liegenschaften zum Einsatz gelangt wären, sei "denkunmöglich", verfängt nicht. Es wurde vielmehr nachvollziehbar und mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten eines auf rationelle Arbeitsabwicklung ausgerichteten Unternehmens durchaus in Einklang zu bringen dargelegt, dass alle 16 (Hilfs-)Arbeiter je nach Arbeitsanfall auf den drei Baustellen eingesetzt wurden, wo sie gerade benötigt wurden. Gerade ein solch flexibler Einsatzplan hilft, Leerläufe in den Arbeitsgängen zu vermeiden. Was daran "denkunmöglich" sein soll, ist daher nicht klar.

Dennoch erweist sich die Beschwerde als berechtigt.

Zutreffend rügen nämlich die Beschwerdeführer, die belangte Behörde habe die Ausländer, deren Anschriften amtsbekannt gewesen seien, entgegen ihrem ausdrücklichen Antrag nicht vernommen. Dies wäre aber zur Beurteilung der Rechtsfrage, ob, welcher und in welchem Zeitraum welche der im Spruch genannten Ausländer von den Beschwerdeführern im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG in Anspruch genommen werden erforderlich gewesen, um feststellen zu können, welche der Arbeiter konkret auf welcher Baustelle gearbeitet haben, zumal auf der Liegenschaft des Zweitbeschwerdeführers keiner der Arbeiter angetroffen worden war.

Die belangte Behörde hat ihrem Bescheid die Aussage des als Vorarbeiter eingesetzten P. P. vor dem Zollamt E, vom 11. Jänner 2005 und die von ihm zu dieser Vernehmung mitgebrachte Einsatzliste zu Grunde gelegt. Diesen Zeugen hat die belangte Behörde vergeblich versucht, zur mündlichen Berufungsverhandlung zu laden. Hinsichtlich der anderen Arbeiter aber hat die belangte Behörde nicht einmal den Versuch gemacht, sie zur mündlichen Verhandlung zu laden und dort selbst einzuvernehmen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. Februar 1997, Zl. 95/09/0211). Dass diese Voraussetzungen bezüglich der angeführten Zeugen im Hinblick auf das bekannt gegebene Beweisthema gegeben waren, ist nicht ersichtlich. Aus dem Umstand allein, dass diese Zeugen vor einer Verwaltungsbehörde die Personenblätter ausgefüllt haben, durfte nämlich nicht der antizipierende Schluss gezogen werden, sie könnten bei der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde nichts Wesentliches zur Entscheidungsfindung beitragen. Aus der Begründung des angefochtenen Bescheides ist auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die belangte Behörde gänzlich von einer Ladung dieser Zeugen, deren Anschriften im Ausland aus den mit ihnen aufgenommenen Personenblättern hervorgeht, Abstand genommen hat.

Gemäß § 51g Abs. 3 Z. 1 VStG dürfen Niederschriften über die Vernehmung (u.a.) von Zeugen nur verlesen werden, wenn die Vernommenen in der Zwischenzeit gestorben sind, ihr Aufenthalt unbekannt ist oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit oder wegen entfernten Aufenthaltes oder aus anderen erheblichen Gründen nicht verlangt werden kann.

§ 51i zweiter Satz VStG bestimmt darüber hinaus, dass auf Aktenstücke nur insoweit Rücksicht zu nehmen ist, als sie bei der Verhandlung verlesen wurden, es sei denn, der Beschuldigte hätte darauf verzichtet, oder als es sich um Beweiserhebungen handelt, deren Erörterung infolge des Verzichts auf eine fortgesetzte Verhandlung gemäß § 51e Abs. 5 entfallen ist.

Wohl wurde in der von der belangten Behörde abgehaltenen Verhandlung auf die Verlesung der erstinstanzlichen Strafakten verzichtet, das allein ändert aber nichts an den Voraussetzungen, in welchen Fällen eine Verlesung überhaupt zulässig ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 29. April 2004, Zl. 2001/09/0174, und die dort wiedergegebene Judikatur), dass dann, wenn sich ein Zeuge im Ausland aufhält, zwar in der Regel sein persönliches Erscheinen wegen entfernten Aufenthaltes im Sinne des § 51g Abs. 3 Z. 1 VStG vom unabhängigen Verwaltungssenat nicht verlangt werden kann und unter dieser Voraussetzung die Verlesung einer Niederschrift über seine Vernehmung im Sinne dieser Gesetzesstelle zulässig ist, dass die belangte Behörde aber - etwa durch schriftliche Anfragen - Bemühungen hätte anstellen müssen, mit den Zeugen in Kontakt zu treten und ein Erscheinen oder zumindest eine schriftliche Stellungnahme von ihnen zu erreichen. Dies hat die belangte Behörde in Bezug auf die ausländischen Arbeitnehmer, deren Anschriften amtsbekannt gewesen sind, unterlassen.

Es wäre auch im Sinne des Unmittelbarkeitsgrundsatzes erforderlich gewesen, in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde die vom Vorarbeiter P. P., dessen Ladung erfolglos geblieben war, erstellte Einteilungsliste näher zu erörtern. Daraus gehen nämlich zwar die Anzahl der zur Erfüllung der Werkaufträge abgestellten ausländischen Arbeitnehmer und deren grundsätzliche Arbeitseinteilung bezogen auf die jeweilige Baustelle, nicht aber die jeweils dort tatsächlich von ihnen verrichteten Arbeitsleistungen hervor. Nur durch Befragung der beantragten ausländischen Zeugen hätte daher geklärt werden können, welche Arbeiter am Tattag auf welcher Baustelle tatsächlich tätig gewesen sind, was insbesondere unter dem Aspekt von Bedeutung ist, dass auf dem Grundstück des Zweitbeschwerdeführers zur Zeit der Kontrolle durch die Beamten der Zollwache überhaupt kein Arbeiter, auf dem Grundstück des Erstbeschwerdeführers hingegen nicht 16, sondern nur 13 der im Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses bezeichneten Ausländer angetroffen worden waren.

Des Weiteren hat die belangte Behörde mit dieser als rechtswidrig erkannten verfahrensrechtlichen Vorgangsweise auch gegen den zur Auslegung des VStG heranzuziehenden Art. 6 EMRK verstoßen indem sie ihren verurteilenden Bescheid ausschließlich oder zumindest in den wesentlichen Punkten auf die Aussage eines Zeugen stützte, den der im Verfahren Beschuldigte nicht persönlich befragten konnte (vgl. dazu etwa die Urteile des EGMR vom 16. Juli 2006, 1993/02 (Balsan) und vom 4. November 2008, 22.695/02 (Demski). Dasselbe gilt auch hinsichtlich der bereits monierten Unterlassung der Einvernahme der Arbeiter; unbeschadet der Befugnis des jeweiligen Tribunals zur Beurteilung der Relevanz von Beweismitteln und dem Umstand, dass der Beschuldigte kein absolutes Recht auf Einvernahme jedes von ihm beantragten Zeugen hat, wäre die Einvernahme aus den bereits genannten Gründen notwendig gewesen, sodass deren Unterbleiben auch Art. 6 EMRK verletzt (vgl. dazu auch das Urteil des EGMR vom 18. Mai 2004, 56.651/00 (Destrehem)).

Im fortgesetzten Verfahren wird im Falle der Aufrechterhaltung der Schuldsprüche bei Bemessung der zu verhängenden Strafen im Übrigen auch auf lange Verfahrensdauer Bedacht zu nehmen sein.

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

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 26. Februar 2009

#### **Schlagworte**

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Bindung an den Wortlaut des Gesetzes  
VwRallg3/2/1BerufungsverfahrenVerfahrensbestimmungen BerufungsbehördeSachverhalt Sachverhaltsfeststellung  
Beweismittel ZeugenbeweisBesondere RechtsgebieteParteiengehör Unmittelbarkeit Teilnahme an  
BeweisaufnahmenBeweismittel ZeugenParteiengehörVerwaltungsstrafverfahren

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

ECLI:AT:VWGH:2009:2007090363.X00

#### **Im RIS seit**

31.03.2009

#### **Zuletzt aktualisiert am**

03.12.2013

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)