

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/11/20 2007/09/0246

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.11.2008

## Index

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

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;  
AuslBG §3 Abs1;  
AVG §45 Abs2;  
VStG §24;  
VwGG §42 Abs2 Z3 lit b;  
VwGG §42 Abs2 Z3 lit c;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kühnberg, über die Beschwerde des E K in K, vertreten durch Dr. Georg Ganner, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Speckbacherstraße 16a, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 15. Mai 2006, Zl. uvs-2005/18/3500- 10, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (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 dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Innsbruck vom 29. November 2005 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der G Hotel und Gastro GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft in dem von ihr betriebenen Hotelbetrieb "C" in der Zeit vom 1. Dezember 2003 bis 19. Mai 2004 einen namentlich genannten serbischen Staatsangehörigen, in der Zeit vom 1. Jänner 2004 bis 19. Mai 2004 eine namentlich genannte russische Staatsangehörige und in der Zeit vom 28. April 2004 bis 19. Mai 2004 einen namentlich genannten slowenischen Staatsangehörigen als Hilfskräfte beschäftigt habe, ohne dass für diese Ausländer eine

Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei und die Ausländer auch nicht im Besitz einer gültigen Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheins oder eines Niederlassungsnachweises gewesen seien. Wegen Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG wurden über den Beschwerdeführer drei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils sechs Tage) verhängt.

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 15. Mai 2006 gab die belangte Behörde der Berufung hinsichtlich des serbischen Staatsangehörigen Folge und stellte das Verwaltungsstrafverfahren nach Behebung des Straferkenntnisses in diesem Punkt gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein, wies hingegen die Berufung hinsichtlich der verbleibenden Schuldsprüche betreffend die russische Staatsangehörige und den slowenischen Staatsangehörigen als unbegründet ab. Betreffend die russische Staatsangehörige schränkte sie die angenommene Tatzeit auf "jedenfalls 19. 05. 2004" ein und setzte die Geldstrafen (gestaffelt nach der Dauer der angenommenen Beschäftigung) auf EUR 1.000,-- (im Uneinbringlichkeitsfall drei Tage Ersatzfreiheitsstrafe) hinsichtlich der russischen Staatsangehörigen und EUR 1.200,-- (im Uneinbringlichkeitsfalle drei Tage und zwölf Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) hinsichtlich des slowenischen Staatsangehörigen herab.

Die belangte Behörde ging von folgendem Sachverhalt aus (Schreibfehler im Original):

"Am 19.05.2004 gegen 11.00 Uhr erfolgte im Hotel 'C', eine Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz seitens des Zollamtes Innsbruck. Das Hotel 'C' wurde damals von der Firma Gruber Hotel und Gastro GmbH, die im Firmenbuch zu Zl. FN 39725 w eingetragen gewesen ist, betrieben.

Der Beschuldigte war neben der mittlerweile verstorbenen V G, handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma.

Der Beschuldigte war auch Gesellschafter dieser GmbH und hat sich damals etwa zwei bis drei Mal in der Woche im Betrieb aufgehalten, wobei er vor allem Kontrollen, insbesondere ob die Zimmer in Ordnung seien, durchgeführt hat. Faktisch wurde das Hotel von Frau Mag. G G geführt.

Bei der Kontrolle wurden von den Beamten des Zollamtes Innsbruck drei Ausländer im Hotel angetroffen.

Dabei wurde der serbische Staatsbürger Latif Ahmeti beim Bügeln von Bettwäsche in der hoteleigenen Waschküche angetroffen. Dieser Ausländer hat bei der Kontrolle Nachstehendes zu Protokoll gegeben:

'Wer ist ihr Dienstgeber/Auftraggeber?

Niemand

Welche Beschäftigung/Tätigkeit haben Sie ausgeübt?

Ich übe keine Tätigkeit aus. Diese Bügelarbeit wo mich der Beamte angetroffen hat, macht ich freiwillig für mich.

Seit wann sind Sie bei der Firma beschäftigt?

Ich wohne seit ca. November 2003 in diesem Hotel Clima. In welchem Ausmaß (Stunden pro Tag) haben Sie gearbeitet?

Ich bügle lediglich meine Bettwäsche weil ich aufgrund der Belegung der Zimmer im Hotel immer mein Zimmer wechseln muss. Ich muss deshalb die Zimmer wechseln, weil die Gäste, welche die Zimmer reserviert haben, sich die Zimmer aussuchen können.

Frage A L:

Wer bezahlt Ihnen das Zimmer im Hotel und wie viel verdienen sie?

Ich bezahle mein Zimmer selbst und verdienen tue ich nichts. Ich bleibe für die Miete das Zimmer im Hotel C schuldig. Fünf Monatsmieten von je Euro 300,-- habe ich an Frau Gruber bereits bezahlt. Eine Monatsmiete von Euro 300,-- schulde ich.

Welcher Lohn wurde ihnen zugesagt und wie viel haben sie erhalten?

Ich habe keinen Lohn bekommen, mir wurde auch keiner zugesagt. Bei welchen Firmen habe sie in Österreich bereits gearbeitet?

Ja, letzten ganzen Winter 2002, von September 2002 bis Ende 2003 bei der Firma H in S als Abwäscher.'

Es kann nicht festgestellt werden, dass dieser Ausländer in der vorgeworfenen Zeit vom 01.12.2003 bis einschließlich 19.05.2004 von der Firma G Hotel und Gastro GmbH beschäftigt worden ist.

Weiters wurde bei der Kontrolle die russische Staatsangehörige G T, geb. am 17.10.1951, in Zimmer 216 beim Putzen betreten, wobei die Stellage bei einem Schrank gereinigt worden ist und die Ausländerin einen weißen Putzfelzen sowie die Putzmittel 'Cif' und 'Aro' verwendet hat.

Bei ihrer Einvernahme anlässlich der Kontrolle gab sie im Beisein der Dolmetscherin L. Berger, Grillpartzerstraße 5a, 6020 Innsbruck, Folgendes zu Protokoll:

'Wer ist ihr Dienstgeber/Auftraggeber?

G Hotel und Gastro GmbH

Welche Beschäftigung/Tätigkeit haben Sie ausgeübt?

Gefälligkeitsarbeiten, wie abstauben in den Zimmern im Hotel, des weiteren, persönliche Wäschearbeiten und Näharbeiten für Frau G.

Seit wann sind Sie bei der Firma beschäftigt?

Ohne

In welchem Ausmaß (Stunden pro Tag) haben Sie gearbeitet?

Im Wesentlichen kann ich die Stunden der Arbeit nicht abschätzen, aber ich würde sagen eine Stunde im Tag

Welcher Lohn wurde Ihnen zugesagt und wie viel haben Sie erhalten?

Für diese vorher angeführten Arbeiten habe ich kein Geld von Frau G bekommen

Lediglich für Essen und Trinken brauche ich nichts zu bezahlen. Frau Gruber versprach mir, dass sie mich in dem Hotel C als Zimmermädchen beschäftigen würde und sie mir auch bei der Beschaffung der Arbeitsbewilligung behilflich sein wird. Frau G zeigte mir und dem D J der ebenfalls in diesem Hotel wohnt ein Stück Papier. Aus diesem Papier ist hervorgegangen, dass ich und J monatlich Euro 1.113,-- verdienen werden. Jetzt ist auf einmal dieses Papier verschwunden.

Bei welchen Firmen haben Sie in Österreich bereits gearbeitet?

Ich habe in F im Flüchtlingsheim in der Kantinenküche wöchentlich für Euro 50,-- gearbeitet und das fünf Monate lang (Schichtarbeit, eine Woche arbeiten, eine Woche frei).

Angestellt für diese Arbeiten hat mich eine gewisse Frau H, vermutlich die Besitzerin oder die Betreuerin des Flüchtlingsheimes. Das war im Zeitraum vom August 2003 bis Dezember 2003.'

Diese Aussage wurde von der Ausländerin unterfertigt.

Festgestellt wird, dass die Firma G Hotel und Gastro GmbH diese russische Staatsangehörige jedenfalls am Kontrolltag im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses als Reinigungskraft beschäftigt hat.

Bei der Kontrolle wurde in einem weiteren Zimmer des Hotels der slowenische Staatsangehörige J D bei der Instandsetzung einer Nachttischlampe angetroffen.

Bei seiner anlässlich der Kontrolle erfolgten Einvernahme gab J D Nachstehendes zu Protokoll:

'Wer ist ihr Dienstgeber/Auftraggeber?

Gruber Hotel und Gastro GmbH

Welche Beschäftigung/Tätigkeit haben Sie ausgeübt?

Ich bekam am 19.05.2004 um 10.30 Uhr von Frau G G den Auftrag, dass ich im dritten Stock des Hotels 'C' eine Nachttischlampe reparieren soll. Dabei wurde ich im Zimmer Nr. 310 von einem Beamten der KIAB angetroffen.

Seit wann sind Sie bei der Firma beschäftigt?

Ich wohne seit 28. April 2004 im Hotel C und übe dort im Auftrag von Frau G kleinere Hausarbeiten aus.

In welchem Ausmaß (Stunden pro Tag) haben Sie gearbeitet? Jeden zweiten und dritten Tag eine halbe Stunde Welcher Lohn wurde Ihnen zugesagt und wie viel haben Sie erhalten?

Ich bezahle für die durchgeführten Hausarbeiten weniger Miete ca. Euro 10,-- bis 20,--

Bei welchen Firmen haben Sie in Österreich bereits gearbeitet? Bei keiner

Ich bin der deutschen Sprache mächtig und habe obigen Sachverhalt gelesen und inhaltlich für richtig befunden. Diese Angaben habe ich freiwillig und nicht unter Zwang gemacht.'

Diese Aussage trägt die Unterschrift des D J.

Es wird festgestellt, dass der slowenische Staatsangehörige J D vom 28.04.2004 bis 19.05.2004 im Hotel 'C' seitens der Firma G Hotel und Gastro GmbH im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses mit Hausmeisterarbeiten beschäftigt worden ist.

Weiters wird festgestellt, dass seitens der Firma G und Gastro GmbH bereits vor der Kontrolle sowohl für die russische Staatsangehörige G T als auch für den slowenischen Staatsangehörigen Jo D Anträge auf Beschäftigungsbewilligungen gestellt worden sind, welche jedoch abgelehnt worden sind.

Im Strafvormerk des Beschuldigten findet sich eine Übertretung nach § 52 lit.a Ziff.3a StVO vom 26.02.2002 zu Zl. VK-2357-2002 der Bezirkshauptmannschaft Kufstein.

Für die Beschäftigung der G T und des J D waren zum Zeitpunkt der Kontrolle keinerlei Bewilligungen, wie Beschäftigungsgebewilligung, Zulassung als Schlüsselkraft, Anzeigebestätigung, Arbeitserlaubnis, Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis, gegeben."

Hinsichtlich der russischen Staatsangehörigen fasste die belangte Behörde ihre beweiswürdigen Überlegungen wie folgt zusammen:

"Nach ihrer Einvernahme anlässlich der Kontrolle (das diesbezügliche Protokoll wurde angeführt), wurde diese russische Staatsangehörige weiters am 01.03.2005 von der Erstbehörde einvernommen. Dabei schloss sie nunmehr aus, dass sie jemals entgeltlich für die G Hotel und Gastro GmbH gearbeitet habe. Sie sei im Hotel lediglich als Asylantin untergebracht gewesen und sei es Frau Mag. G nicht möglich gewesen, eine Arbeitsbewilligung für sie zu erlangen.

Auch bei ihrer Einvernahme im Berufungsverfahren unter Beiziehung einer Dolmetscherin war die Zeugin offensichtlich bemüht, ihre Angaben anlässlich der Kontrolle abzuschwächen:

Sie habe sich zum Zeitpunkt der Kontrolle auf Zimmer 206 befunden. In diesem Zimmer seien vorher Touristen gewesen, die am selben Tag ausgezogen seien. Frau Mag. G habe zu ihr gesagt, dass sie dieses Zimmer haben könne. Als sie anlässlich der Kontrolle angetroffen worden sei, sei sie gerade dabei gewesen das Zimmer für den späteren eigenen Gebrauch aufzuräumen.

Aus Sicht der Zeugin habe sie anlässlich der Einvernahme bei der Kontrolle nicht angegeben, dass sie im Hotel arbeiten würde. Sie habe lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass sie hin und wieder ausgeholfen habe. Für diese Aushilfstätigkeiten habe sie nie einen Lohn bekommen. Es sei auch nicht so gewesen, dass sie regelmäßig Essen und Trinken frei gehabt habe. Sie sei hin und wieder eingeladen worden. Es sei geplant gewesen, dass sie als Zimmermädchen arbeiten sollte, wobei dies aber von einer Beschäftigungsbewilligung abhängig gemacht worden sei. Diese Beschäftigungsbewilligung sei aber nie erteilt worden.

Sie sei zu Beginn mit weiteren 40 Asylanten in das Hotel gekommen. Nach etwa vier Monaten seien die mit ihr ins Hotel gekommenen Asylanten auf andere Heime verteilt worden, wobei sie im Hotel verblieben sei, weil beabsichtigt gewesen sei, dass sie als Zimmermädchen arbeiten solle.

Sie habe für Frau Mag. G und auch für deren Mutter manchmal Wäschearbeiten und Näharbeiten durchgeführt. Dies aber rein für den privaten Bereich und nicht für das Hotel. Wie schon gesagt sei sie manchmal zum Essen und Trinken eingeladen worden.

Diese nunmehrigen Angaben der Zeugin weichen wesentlich von ihren Angaben anlässlich der Kontrolle ab. Dabei führte sie im Beisein einer Dolmetscherin an, dass sie Gefälligkeitsarbeiten, wie Abstauben in den Zimmer im Hotel und (des weiteren) persönliche Wäschearbeiten und Näharbeiten für Frau Gruber verrichten würde.

Somit führte die Zeugin in diesem Protokoll eindeutig aus, dass sie nicht nun persönliche Wäsche und Näharbeiten für Frau G durchgeführt hat.

Zudem gab die Zeugin in diesem Protokoll an, dass sie für die angeführten Arbeiten zwar kein Geld von Frau (Mag.) G bekommen würde, für Essen und Trinken jedoch nichts zu bezahlen habe. Dabei machte sie keine Einschränkung und ergibt sich kein Hinweis dafür, dass sie nur 'manchmal zum Essen und Trinken eingeladen' worden sei.

Überdies ergibt sich aus diesem Protokoll ihrer Einvernahme bei der Kontrolle auch, dass sie schon vor dem Aufenthalt im Hotel 'C' in Fieberbrunn im Flüchtlingsheim in der Kantinenküche entgeltlich beruflich tätig gewesen ist.

Auch aus dieser Sicht erscheint es wenig schlüssig, dass sie sodann im Hotel 'C' lediglich Asylantin gewesen wäre, ohne irgendeine Tätigkeit auszuüben.

Eindeutig in die Richtung, dass die Zeugin T bemüht gewesen ist, ihre Angaben anlässlich der Kontrolle abzuschwächen, geht auch die Einvernahme des Mag. Z, der die Ausländerin seiner Aussage nach im Zimmer 216 beim Putzen betreten hat, wobei diese die Stellage bei einem Schrank gereinigt, einen weißen Putzfelzen sowie die Putzmittel 'Cif' und 'Aro' verwendet habe (diesbezüglich findet sich in der Anzeige ein Lichtbild von diesen Putzmitteln). Weiters gab der Zeuge an, dass die Ausländerin über einen Zentralschlüssel des Hotels verfügt habe. Überdies habe sie angegeben, dass sie schon zuvor (also vor der Kontrolle) beim Staubwischen mitgeholfen hätte. Zudem ergibt sich aus dieser Zeugenaussage, dass Frau Mag. G dem Zeugen gegenüber geäußert hat, dass Frau T gratis im Hotel wohnen würde, wobei diesbezüglich jedoch keine Begründung angegeben worden sei. Für die Berufungsbehörde besteht nicht der geringste Hinweis dafür, dass die Zeugenaussage des Mag. Z nicht der Richtigkeit entspricht. Der Zeuge machte einen sicheren und vertrauenswürdigen Eindruck. Er hätte im Falle einer falschen Zeugenaussage mit einer gerichtlichen Bestrafung zu rechnen gehabt.

Diese Aussage geht eindeutig in die Richtung, dass die russische Staatsangehörige schon vor der Kontrolle Tätigkeiten im Hotel durchgeführt hat, die zu den Agenden eines Zimmermädchens gehören. In diese Richtung geht auch unzweifelhaft, dass die Zeugin über einen Zentralschlüssel des Hotels verfügt hat. Es wäre in keiner Weise nachvollziehbar, warum diese Zeugin über einen Zentralschlüssel verfügt hätte, wenn sie lediglich im Hotel gewohnt und keinerlei Tätigkeiten für das Hotel durchgeführt hätte. Mit dem Zentralschlüssel war es der Zeugin eben möglich, in alle Zimmer des Hotels zu gelangen. Dabei ist auch nicht glaubwürdig, dass die Zeugin gerade in jenem Zimmer angetroffen worden wäre, das sie später beziehen hätte sollen. Insbesondere wäre zu erwarten gewesen, dass die Zeugin bei ihrer niederschriftlichen Einvernahme auf diesen Umstand hingewiesen hätte. Die Zeugin spricht aber lediglich davon, dass sie 'abstauben in den Zimmern im Hotel' verrichtet habe.

Offenbar war auch die Zeugin Mag. G bemüht, mit ihrer Zeugenaussage die ursprünglichen Angaben der Frau T anlässlich der Kontrolle vehement abzuschwächen. Diese Zeugin bestritt, dass Frau T in Zimmern geputzt habe. Sie habe sich lediglich um ihr Zimmer gekümmert. Sie habe für ihren persönlichen Bereich, Arbeiten wie z. B. Näharbeiten durchgeführt. Für das Hotel habe sie keine Tätigkeiten verrichtet. Für diese Tätigkeiten habe sie zum Essen und zum Trinken bekommen, dies aber nicht regelmäßig. Diese Angaben sind jedoch mit den bereits mehrfach dargelegten Angaben der Ausländerin zum Zeitpunkt der Kontrolle in keiner Weise vereinbar. Wie schon angeführt, sprach die russische Staatsbürgerin dabei dezidiert davon, dass sie Tätigkeiten für das Hotel verrichtet hat. Es wird davon ausgegangen, dass die Angaben der Zeugin Mag. G nicht der Richtigkeit entsprechen. In diese Richtung geht auch eindeutig, dass, wie die Zeugin Mag. G auch bestätigte, schon vor der Kontrolle ein Antrag auf Beschäftigungsbewilligung für diese Ausländerin als Zimmermädchen gestellt worden ist, wobei dieser Antrag jedoch abgelehnt worden ist. Dieser Umstand spricht unzweifelhaft dafür, dass im Hotel gerade für ein Zimmermädchen Bedarf bestanden hat, ansonsten ein derartiger Antrag nicht gestellt worden wäre. Bei der Kontrolle ist die Ausländerin gerade bei einer spezifischen Tätigkeit eines Zimmermädchens, nämlich Reinigungsarbeiten im Zimmer, angetroffen worden. Zudem bestätigte die russische Staatsangehörige selbst, dass Grund hiefür, warum sie länger im Hotel verblieben ist, gewesen ist, dass geplant gewesen ist, dass sie als Zimmermädchen arbeiten sollte. Offenbar wurde diese Tätigkeit auch trotz abgelehnten Beschäftigungsantrages aufgenommen. Aus der Einvernahme der Zeugin T anlässlich der Kontrolle ergibt sich, dass die russische Staatsangehörige für ihre Tätigkeiten zumindest Essen und

Trinken im Hotel zur Verfügung gestellt bekommen hat. Insgesamt stellt dieses Einvernahmeprotokoll für die Berufungsbehörde betreffend die Angaben der Zeugin T das weitaus objektivste Beweismittel dar, zumal dabei ausgeschlossen war, dass die Zeugin insbesondere aufgrund der unmittelbar bei der Kontrolle erfolgten Einvernahme die Zeit gehabt hat, darüber nachzudenken, wie sie ihre Aussage zu Gunsten der Betreiber des Hotels C 'schönen' könne. Die Berufungsbehörde räumt daher dieser Aussage der Zeugin die größte Glaubwürdigkeit ein und wird davon ausgegangen, dass wie schon dargestellt, die nachfolgenden Angaben der Zeugin im Bestreben erfolgt sind, die 'Betreiber' des Hotel 'C' (den Beschuldigten) von seiner Verantwortlichkeit zu befreien."

Hinsichtlich des slowenischen Staatsangehörigen fasste die belangte Behörde ihre Beweismwürdigung wie folgt zusammen:

"Diesbezüglich führte der Beschuldigte dezidiert an, dass sich dieser seit April 2004 im Hotel aufgehalten habe. Es sei so gewesen, dass damals eine Nachttischlampe defekt gewesen sei. Diese Nachttischlampe sei im Zimmer des J D repariert worden, Frau Mag. G habe J D angewiesen, diese Lampe zu reparieren. Es könne sein, dass J D für derartige Arbeiten einen Abzug an seiner Miete bekommen habe. Dieser werde mit Euro 10,- bis Euro 20,- pro Tätigkeit anzusetzen sein.

In diesem Zusammenhang führte Frau Mag. G G aus, dass sie heute nicht mehr genau wisse, wie es genau dazu gekommen sei, dass Herr J D damals die Nachttischlampe repariert bzw. die Glühlampe ausgetauscht habe. Ob diesbezüglich vorher mit ihr gesprochen worden sei, könne sie heute nicht mehr sagen. Er habe aber generell die Erlaubnis gehabt, in seinem Zimmer solche Tätigkeiten durchzuführen.

Dass diese Angaben nicht der Richtigkeit entsprechen, wird eindeutig aus dem bereits wiedergegebenen Protokoll anlässlich der Einvernahme dieses Zeugen bei der Kontrolle deutlich. Dabei gab dieser Zeuge dezidiert an, dass er am 19.05.2004 um 10.30 Uhr von Frau Mag. G G den Auftrag gehabt habe, im dritten Stock des Hotels 'C' eine Nachttischlampe zu reparieren. Dabei sei er im Zimmer Nr. 310 von einem Beamten der KIAB angetroffen worden. Es findet sich diesbezüglich nicht der geringste Hinweis in diesem Protokoll, dass es sich bei diesem Zimmer 310 um jenes des J D gehandelt habe. Vielmehr ist eindeutig aufgrund dieser Aussage eindeutig vom Gegenteil auszugehen.

Zudem gab der Zeuge unmissverständlich zu verstehen, dass er seit 28.04.2004 im Hotel 'C' wohne und im Auftrag von Frau Mag. G kleinere Hausarbeiten (Hausmeisterarbeiten) verrichte. Somit ist eindeutig, dass dieser Zeuge damals bei der Betretung im Zimmer 310 eine Hausmeistertätigkeit im Rahmen seiner Beschäftigung bei der Firma G Hotel und Gastro GmbH durchgeführt hat.

Die Berufungsbehörde führte hinsichtlich diesem Zeugen eine Meldeabfrage durch, wobei sich dadurch jedoch keine Anschrift ermitteln ließ, sondern lediglich objektiviert wurde, dass der Aufenthaltsort des Beschuldigten im Hotel 'C' die letzte bekannte Meldeadresse gewesen ist. Diese Anschrift wurde jedoch abgemeldet und ergibt sich nicht der geringste Hinweis dafür, wo sich dieser Zeuge derzeit aufhält, sodass eine allfällige Ladung dieses Zeugen faktisch nicht möglich gewesen ist.

Wie schon gesagt ergibt sich jedoch aus dem bereits dargelegten Protokoll eindeutig, dass dieser im Hotel Hausmeistertätigkeiten durchgeführt hat.

Lediglich hinsichtlich der Bezahlung ist aus Sicht der Berufungsbehörde eine Einschränkung bei der Richtigkeit dieser Zeugenaussage zu machen. Der Zeuge gab nämlich an, dass er für die durchgeführten 'Hausarbeiten' (Hausmeistertätigkeiten) weniger Miete bezahlen hätte müssen und bezifferte die mit ca. Euro 10,- bis Euro 20,-.

Den vom Beschuldigten vorgelegten Monatsmietabrechnungen ist jedoch zu entnehmen, dass J D wie auch G T und L A jeweils Euro 300,- bezahlen musste, wobei ein Abzug von der Monatsmiete nicht erfolgt ist. Somit ist davon auszugehen, dass der Zeuge diesbezüglich nicht der Wahrheit entsprechende Angaben gemacht hat und eindeutig von einer anderweitigen Entlohnung auszugehen ist."

Die belangte Behörde nahm in ihrer rechtlichen Schlussfolgerung des festgestellten Sachverhaltes die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 leg. cit. an und verwies zusätzlich auf die Bestimmung des § 28 Abs. 7 leg. cit. mit dem Hinweis darauf, dass beide Ausländer in Hotelzimmern angetroffen worden seien, die im Allgemeinen für Betriebsfremde nicht zugänglich seien. Da es sich bei der

Übertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG um ein Ungehorsamsdelikt handle und der Beschwerdeführer sein mangelndes Verschulden nicht behauptet oder dargetan habe, sei zumindest von einer fahrlässigen Begehung der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen auszugehen gewesen.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

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

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2005, gilt als Beschäftigung 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.

Nach Abs. 4 erster Satz dieser Bestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

In der Beschwerde wird zunächst geltend gemacht, es sei unverständlich, ja willkürlich, dass das Verfahren hinsichtlich des serbischen Staatsangehörigen eingestellt worden sei, nicht hingegen hinsichtlich der verbleibenden zwei Ausländer, obwohl allen drei Fällen der gleiche Sachverhalt zugrunde gelegen sei. Insbesondere der zum Nachteil des Beschwerdeführers betonte Umstand, dass sowohl die russische Staatsangehörige als auch der slowenische Staatsangehörige im Besitze eines Zentralschlüssels gewesen seien, habe auch auf den serbischen Staatsangehörigen zugetroffen, hinsichtlich dessen das Verfahren eingestellt worden sei.

Die belangte Behörde habe die vor der Zollbehörde aufgenommene Niederschrift mit der russischen Staatsangehörigen als besonders glaubwürdig hervorgehoben, obwohl diese Einvernahme ohne die in § 39a Abs. 1 AVG vorgeschriebene Beigabe eines Dolmetschers erfolgt sei, trotzdem diese Ausländerin der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig gewesen sei. Die Beweiswürdigung beruhe daher auf einem mangelhaften Verfahren und sei überdies unschlüssig, insbesondere, weil die belangte Behörde außer Acht gelassen habe, dass die Ausländer, die im Hotel C untergebracht seien, nicht mit normalen Hotelgästen hätten verglichen werden dürfen. Die Ausländer seien von der Caritas im Hotel eingemietete Asylanten gewesen, die dauernd dort, allerdings in wechselnd frei werdenden Hotelzimmern, gewohnt hätten. Es seien in diesem Sinne keine Feststellungen darüber getroffen worden, dass jene Zimmer, in welchen die Ausländer betreten worden seien, die von ihnen bewohnt gewesen seien. Es habe keinerlei Beweisergebnis dafür gegeben, dass diese Ausländer für ihre Tätigkeiten entlohnt worden seien.

Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit macht der Beschwerdeführer geltend, § 28 Abs. 7 AuslBG sei auf die Mieter oder Bewohner von Hotelzimmern nicht anzuwenden.

Mit diesen Ausführungen zeigt der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Die belangte Behörde ist auf Grund des § 2 Abs. 4 AuslBG verpflichtet, eine umfassende Prüfung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes vorzunehmen, um beurteilen zu können, ob eine bewilligungspflichtige Beschäftigung im

Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt. Maßgeblich für diese Beurteilung ist die sorgfältige Prüfung sämtlicher für und wider ein Arbeits- oder arbeitnehmerähnliches Verhältnis im konkreten Fall sprechender Umstände, die nicht isoliert voneinander gesehen werden dürfen, sondern in einer Gesamtbetrachtung zu bewerten sind (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0002, mwN). Dabei hätte sie vor allem berücksichtigen müssen, dass alle drei Ausländer Asylwerber waren, die von der Caritas (oder einer anderen Flüchtlingsorganisation) für die Dauer ihres Asylverfahrens im Hotel C untergebracht waren, und dass für diesen Aufenthalt jeweils ein (geringes) Entgelt entrichtet wurde - wobei dahin gestellt bleiben kann, ob die Miete von den Asylanten persönlich oder über eine Flüchtlingsorganisation für sie bezahlt wurde. Alle drei Ausländer beriefen sich gleichermaßen darauf, lediglich für sich selbst - wenn auch mit Wissen und Billigung ("Auftrag") der tatsächlichen Geschäftsführerin des Hotels - tätig geworden zu sein. Wie die Geschäftsführerin des Hotels in diesem Punkte unwidersprochen dargelegt hat, mussten alle Ausländer ihre persönlichen Dinge selbst verwalten und ihre Verpflegung selbst besorgen und verfügten (auch) zu diesem Zwecke über einen Zentralschlüssel (vgl. die Aussage der Zeugin G. vor der Zollbehörde am 19. Mai 2004, Rechtfertigung des Beschwerdeführers vom 19. Juli 2004). Gegenteilige Beweisergebnisse befinden sich nicht im Akt. Vor Beurteilung der Tätigkeiten der Ausländer im Zeitpunkt ihrer Betretung (Lampe richten bzw. Staubwischen) als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG hätte die belangte Behörde daher auch im Falle der beiden verbliebenen Ausländer klären müssen, ob es sich bei den Zimmern, in denen die Tätigkeiten ausgeführt wurden, um die von ihnen selbst bewohnten handelte oder nicht respektive diese Zimmer erst hätten bezogen werden sollen. Denn erst dann, wenn die Ausländer bei Arbeiten in fremden, das heißt nicht von ihnen selbst bewohnten Zimmern angetroffen worden wären, hätte davon ausgegangen werden dürfen, dass diese Tätigkeiten für das Hotel und im Rahmen des Hotelbetriebes erbracht worden wären. Daher ändert an dieser Einschätzung auch der Umstand nichts, dass beide Ausländer - wie auch jener Ausländer, hinsichtlich dessen das Strafverfahren eingestellt worden war - im Besitz eines Zentralschlüssels gewesen sind.

In diesem Zusammenhang ist vorweg darauf hinzuweisen, dass der von der belangten Behörde im Rahmen ihrer rechtlichen Beurteilung herangezogene Hinweis auf die Beweislastumkehrregelung des § 28 Abs. 7 AuslBG in der vorliegenden Fallkonstellation unzutreffend ist, weil die Ausländer in Zimmern angetroffen wurden, von denen eben nicht feststand, ob es sich dabei um "Betriebsräume" handelte, "die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind", zumal man doch davon ausgehen können dürfte, dass Hotelgästen das Betreten der von ihnen gemieteten Zimmer frei zugänglich ist.

Insoweit der Beschwerdeführer auch die Beweiswürdigung der belangten Behörde bekämpft, ist zunächst grundsätzlich darauf zu verweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Beweiswürdigung der belangten Behörde der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nur in der Richtung unterliegt, ob der Sachverhalt genügend erhoben wurde und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig waren, d. h., ob sie den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechen; hingegen ist es dem Gerichtshof verwehrt, die vorgenommene Beweiswürdigung darüber hinaus auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen bzw. zu untersuchen, ob nicht auch andere Schlüsse aus den aktenkundigen Tatsachen hätten gewonnen werden können (vgl. das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053, sowie das hg. Erkenntnis vom 6. November 2006, Zl. 2005/09/0128, mwN). Grundlage einer nachvollziehbaren und schlüssigen Beweiswürdigung ist daher auch ein mängelfreies Verfahren. Ein solches lag aber - wie oben ausgeführt - nicht vor, weil wesentliche Aspekte, die Einfluss auf die Überlegungen der Behörde hätten haben können, unberücksichtigt geblieben sind.

Darüber hinaus erscheint wesentlich, dass sich die Beweiswürdigung der belangten Behörde vorwiegend auf die vor der Zollbehörde aufgenommenen Niederschriften stützte, denen "standardmäßige Fragenkataloge" zugrunde lagen (Aussage Zeuge Z., Verhandlung vom 15. Februar 2006). Ohne grundsätzlich von der Ansicht abrücken zu wollen, dass die ersten Angaben eines Beschwerdeführers oder eines betroffenen Ausländers der Wahrheit erfahrungsgemäß am ehesten entsprechen (vgl. die in Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, § 45 E Nr. 64a und b referierte hg. Judikatur), ist die belangte Behörde im Beschwerdefall doch darauf hinzuweisen, dass der im § 45 AVG aufgestellte (im Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 24 VStG anzuwendende) Grundsatz der freien Beweiswürdigung lediglich bedeutet, dass die Behörde bei ihrer Beweiswürdigung nicht an Beweisregeln gebunden ist, alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und die gleiche abstrakte Beweiskraft haben. Dafür, ob eine Tatsache als erwiesen anzusehen ist oder nicht, hat allein der "innere Wahrheitsgehalt" der Ergebnisse des



Beweisverfahrens ausschlaggebend zu sein. Eine Lebenserfahrung, wonach die ersten Angaben der Betroffenen anlässlich einer Kontrolle generell zutreffend sind, ist nicht bekannt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. September 2001, ZI. 99/09/0266). Die Behörde hat sich in diesem Sinne daher auch mit Ergänzungen, die auf Grund umfangreicherer Befragungen ausführlicher ausfallen, inhaltlich beweiswürdigend auseinander zu setzen.

Auch im Rahmen seiner eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit erachtet der Verwaltungsgerichtshof das beweiswürdigende Argument der belangten Behörde, allein aus der Verwendung des Plurals ("...in den Zimmern...") in der von der Zollbehörde - im Übrigen ohne Beiziehung eines Dolmetschers - aufgenommenen Niederschrift mit der russischen Staatsangehörigen, mit welcher die "Verständigung sehr schwer möglich" gewesen ist (vgl. Aussage des Zeugen Z., aaO), ergäbe sich bereits das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, als nicht schlagend. Abgesehen davon, dass solche Schlüsse allein auf der Grundlage eines Resumeeprotokolls nicht zwingend sind, zumal auch nicht eindeutig ist, ob die sprachliche Formulierung vom Vernommenen oder vom Protokollierenden stammte, wurde im Verwaltungsverfahren bereits darauf hingewiesen, dass ein mehrfacher Zimmerwechsel der Asylwerber stattgefunden hat. Eine Vorgangsweise wie die von allen Beteiligten (siehe auch die Angaben jenes Ausländers, hinsichtlich dessen das Strafverfahren eingestellt wurde) beschriebenen, erscheint im Hinblick auf die Erfordernisse eines Hotelbetriebes mit wechselnder Auslastung auch durchaus plausibel. Auch der Umstand, dass die beiden verfahrensgegenständlichen Ausländer nicht bereits anlässlich ihrer Erstvernehmung darauf hingewiesen haben, dass sie die Tätigkeiten in den von ihnen bewohnten Zimmern ausgeübt haben, ist für sich genommen nicht aussagekräftig, weil aus der (formularmäßigen) Niederschrift nicht hervorgeht, dass eine diesbezügliche Frage überhaupt gestellt worden war.

Dass gerade die von der belangten Behörde als vorzüglich glaubwürdig erachteten Niederschriften vor der Zollbehörde keineswegs uneingeschränkt dem Verfahren zugrunde gelegt werden konnten, ergibt sich auch aus der Angabe des Zeugen Z., die in der Niederschrift protokollierte Behauptung der betretenen Ausländer, sie seien von der "G Hotel und Gastro GmbH" beschäftigt worden, sei so nicht aufgestellt worden.

Auch der Hinweis der belangten Behörde, es befinde sich "diesbezüglich (gemeint: dass der slowenische Staatsangehörige seine Tätigkeit in dem von ihm bewohnten Zimmer ausgeübt habe) nicht der geringste Hinweis in diesem Protokoll", es sei vielmehr "vom Gegenteil" (nämlich dass der Ausländer in einem anderen als dem von ihm bewohnten tätig geworden sei) auszugehen, erweist sich als gänzlich unbegründet und verkehrt die grundsätzlich die Behörde treffende Pflicht zur amtswegigen Erhebung der materiellen Wahrheit in ihr Gegenteil.

Auf Grund des solcherart mangelhaften Ermittlungsverfahrens erweisen sich auch die rechtlichen Überlegungen als unzutreffend. Die russische Staatsangehörige berief sich nämlich darauf, die von ihr geleisteten gelegentlichen Wäsche- und Näharbeiten seien nur freiwillige und unentgeltliche Gefälligkeitsdienste für die tatsächliche Geschäftsführerin des Hotels und ihre Mutter, für die sie im Gegenzug gelegentlich zum Essen eingeladen worden sei, gewesen.

Zur Qualifikation von Gefälligkeitsdiensten hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt Stellung genommen. In seinem Erkenntnis vom 18. Mai 2007, ZI. 2007/18/0197, etwa hat er dargelegt:

"Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das Erkenntnis vom 15. Juni 2004, ZI. 2003/18/0007, mwH) fallen Gefälligkeitsdienste nicht unter die bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinn des AuslBG. Als Gefälligkeitsdienste können kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht werden. Der Übergang von Gefälligkeitsdienst zu kurzfristiger Beschäftigung im Sinn des AuslBG ist fließend. Es ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können. So rechtfertigt etwa der Umstand der stundenweisen Aushilfe (in der Landwirtschaft und im Gastbetrieb) eines Ausländers, der bei einem Arbeitgeber freies Quartier und freie Kost hat, für sich allein nicht die Annahme einer Beschäftigung im Sinn des AuslBG. Auch die Mithilfe eines Dauergastes im Haushalt oder die Dienste eines Flüchtlings für Quartier und Kost können Gefälligkeitsdienste darstellen. Die Mithilfe eines Landsmannes oder die Dienste für eine ihm geleistete Gefälligkeit können Gefälligkeitsdienste darstellen. Bedenken sind dort angebracht, wo die Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb erfolgen soll. Wesentlich ist in einem solchen Fall die Freiwilligkeit der Leistung, wobei Freiwilligkeit in diesem Zusammenhang dann anzunehmen ist, wenn nicht versteckter oder offener Zwang vorliegt".

Die in diesem Erkenntnis beschriebenen Fälle anerkannter Gefälligkeitsdienste ist beispielhaft und keineswegs abschließend. Zwar ist der belangten Behörde grundsätzlich zuzugeben, dass Bedenken dort angebracht sind, wo es um die Erbringung von Arbeitsleistungen in einem Gewerbebetrieb geht.

Im vorliegenden Fall hatte die Ausländerin aber klar unterschieden zwischen den Reinigungsarbeiten, die sie für sich selbst zu tätigen behauptete und bei denen sie betreten wurde, und den Wäsche- und Näharbeiten, die sie aus Gefälligkeit für die Hotelbetreiberin und ihre Mutter gelegentlich erbracht habe. Es hätte daher einer näheren Begründung, insbesondere eine Auseinandersetzung mit der Häufigkeit und der Dauer der geleisteten Dienste, bedurft, um diese mit der für ein Strafverfahren ausreichenden Sicherheit als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG zu qualifizieren. Der Umstand allein, dass eine Beschäftigungsbewilligung für die russische Staatsangehörige beantragt, aber im Zeitpunkt ihrer Betretung noch nicht erteilt worden war, sagt nichts darüber aus, dass es sich auch bei den am Tag geleisteten Diensten um illegale Beschäftigung gehandelt haben muss.

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 Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. November 2008

### **Schlagworte**

Beweise Besondere Rechtsgebietefreie Beweiswürdigung Beweiswürdigung Wertung der Beweismittel

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

ECLI:AT:VWGH:2008:2007090246.X00

### **Im RIS seit**

29.12.2008

### **Zuletzt aktualisiert am**

13.03.2009

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

© 2026 JUSLINE

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

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