

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/10/9 2005/09/0099

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 09.10.2006

## **Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## **Norm**

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2002/I/160;  
AuslBG §29 Abs1;  
AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;  
AVG §37;  
AVG §39 Abs2;  
AVG §45 Abs2;  
VStG §21;  
VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde der C in B, vertreten durch Dr. Thomas Lins, Rechtsanwalt in 6701 Bludenz, Bahnhofstraße 8, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Vorarlberg vom 23. Mai 2005, Zl. UVS-1-541/E7-2004, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien):

Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von 381,90 EUR binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem gemäß § 66 Abs. 4 AVG im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 23. Mai 2005 wurde die Beschwerdeführerin in Erliedigung ihrer Berufung gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft B vom 7. Juli 2004 schuldig erkannt, sie habe als gemäß § 9 VStG verantwortliches, zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B GmbH (richtig: OHG) in Brand zu verantworten, dass am 4. Februar 2004 um 10.00 Uhr im Sporthotel B in

B eine namentlich bezeichnete kroatische Staatsangehörige beschäftigt worden sei, ohne dass für diese Ausländerin eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei oder die Ausländerin eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis, einen Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweise besessen hätte. Sie habe dadurch eine Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes begangen und sei mit einer Geldstrafe in der Höhe von 1.500 EUR zu bestrafen gewesen.

Die belangte Behörde traf auf Grund der Ergebnisse der von ihr durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung die Feststellung, die Beschwerdeführerin sei handelsrechtliche Geschäftsführerin der B OHG in B, welche in B das Sporthotel B betreibe. In diesem Hotel sei am Tattag die bezeichnete kroatische Staatsangehörige als Zimmermädchen beschäftigt worden. Für diese Beschäftigung sei keine Beschäftigungsbewilligung, keine Zulassung als Schlüsselkraft, keine Entsendebewilligung erteilt worden oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden. Die Ausländerin sei auch nicht im Besitz einer für die Beschäftigung gültigen Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines oder Niederlassungsnachweises gewesen.

Im Rahmen ihrer beweiswürdigenden Überlegungen führte die belangte Behörde aus, die Beschwerdeführerin habe die Tatsache, dass die Ausländerin über ihr Ersuchen im Sporthotel B Tätigkeiten eines Zimmermädchens ausgeübt habe, nie in Abrede gestellt. Es sei auch nicht behauptet worden, dass Unentgeltlichkeit ausdrücklich vereinbart gewesen sei. Im Gegenteil hätten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die betroffene Ausländerin anlässlich der Kontrolle angegeben, Letztere würde Essen und Getränke für ihre Tätigkeit erhalten, wie auch immer wieder Kleidungsstücke für ihre Tochter oder die Möglichkeit, gratis mit einem Pferd auszureiten. Erst im Zuge des weiteren Verfahrens sei vorgebracht worden, dass diese Leistungen nicht im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Ausländerin stünden, sondern aus reiner Freundschaft gewährt würden und auch die Ausländerin ihrerseits nur im Rahmen eines Freundschaftsdienstes im Hotel ausgeholzen habe. Diese Verantwortung widerspräche der Erstverantwortung der Beschwerdeführerin und auch der Zeugin, welche als glaubwürdig erachtet werde. Dass die von der Ausländerin im Rahmen des von der Beschwerdeführerin vertretenen Gewerbebetriebes ausgeübte Tätigkeit nicht in einem Beschäftigungsverhältnis, sondern im Rahmen von Gefälligkeitsdiensten erfolgt sei, sei unglaublich, insbesondere da die Beschwerdeführerin nie behauptet habe, Unentgeltlichkeit sei ausdrücklich vereinbart gewesen. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die betroffene Ausländerin hätten ursprünglich angegeben, Letztere erhalte Naturalien für ihre Tätigkeit. Außerdem habe die Beschwerdeführerin keine derart enge Bindung zur Ausländerin dartun können, die trotz einer Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb lediglich einen Gefälligkeitsdienst hätten annehmen lassen.

Auf Grund des von der belangten Behörde festgestellten Sachverhaltes nahm die belangte Behörde das Vorliegen einer Übertretung nach § 3 Abs. 1 AuslBG an.

Im Rahmen der Strafbemessung ging die belangte Behörde von der Verschuldensform des Vorsatzes aus, was als erschwerend zu werten gewesen sei. Milderungsgründe lägen nicht vor.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In Ausführung der Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, die belangte Behörde habe zu Unrecht das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses angenommen. Auch wenn Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart worden sei, so könne eine nicht der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterliegende Beschäftigung vorliegen, weil Unentgeltlichkeit auch konkudent vereinbart werden könnte. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Ausländerin hätten übereinstimmend angegeben, dass die Tätigkeit der Ausländerin lediglich ein (unentgeltlicher) Freundschaftsdienst gewesen wäre.

Zu Unrecht sei die belangte Behörde auch vom Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 21 VStG ausgegangen, weil sie ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt habe. Der Beschuldigte habe jedenfalls bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen Anspruch darauf, dass von dieser Gesetzesbestimmung Gebrauch gemacht werde. Das Verschulden der Beschwerdeführerin sei als gering zu qualifizieren, weil sie - wie sie bereits während der Amtshandlung

vorgebracht habe - seit Anfang Jänner 2004 vergeblich versucht habe, eine Zimmeraufräumerin vermittelt zu bekommen. Auf Grund eines Krankheitsfalles habe sie sich in einer Notlage befunden, welche kurzfristig hätte überbrückt werden müssen. Außerdem sei sie noch nie einer Verwaltungsübertretung nach dem AuslBG für schuldig erkannt worden. Die Folgen der Übertretung seien unbedeutend. Sie habe lediglich für zwei Stunden jemanden gebraucht, der ihr beim Aufräumen der Zimmer behilflich sei. In dieser Notlage sei ihre Freundin, die bezeichnete Ausländerin, eingesprungen. Durch diese kurzfristige und nicht vorhersehbare Aushilfe in einer Notsituation würden arbeitsmarktpolitische Interessen nicht gefährdet.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt die Beschwerdeführerin, zu Unrecht sei die belangte Behörde von einem zumindest arbeitnehmerähnlichem Verhältnis ausgegangen, setze dieses doch eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers voraus. Dies sei aber im vorliegenden Fall nicht vorgelegen, weil ein Freundschaftsdienst von vornherein in der Dauer von lediglich zwei Stunden vorgesehen gewesen sei. Die Ausländerin sei daher trotz dieser kurzfristigen Gefälligkeitsleistung in der Lage gewesen, ihre Arbeitskraft anderweitig einzusetzen. An der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Ausländerin fehle es nicht zuletzt auch deshalb, weil keine Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung vorgelegen sei. Ein auf ein freundschaftliches Verhältnis zurückzuführender Gefälligkeitsdienst wie er im vorliegenden Fall vorgelegen sei würde bei Inländern niemals als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden. Auch habe die belangte Behörde es unterlassen zu überprüfen, ob tatsächlich ein Notfall vorgelegen sei und die Ausländerin lediglich für zwei Stunden Zeit gehabt hätte, weil sie nachfolgend einen Arzttermin wahrzunehmen gehabt hätte; hätte die Behörde diese Angaben überprüft, hätte sie festgestellt, dass kein Beschäftigungsverhältnis vorgelegen sei. Im Übrigen wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung, insbesondere unter Hinweis auf die mit der Ausländerin aufgenommene Niederschrift anlässlich ihrer Betretung. Die Beschwerdeführerin bestreitet auch insbesondere, dass die wechselseitigen Leistungen in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stünden.

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2002, gilt als Beschäftigung die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichem 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 Sinn des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

f) Nach § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG 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.

Nach § 3 Abs. 1 AuslBG 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 Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung 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 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, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt

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

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Rechtfertigung vom 16. März 2004 Folgendes angegeben:

"Frau S hat Frau C fallweise im privaten Haushalt geholfen. Im Monat waren dies ca. 4 halbe Tage. Als Gegenleistung hiefür bekam sie Essen, Trinken und Kleidungsstücke für ihre Tochter. Darüber hinaus darf die Tochter unentgeltlich mit einem Reitpferd ausreiten.

Am 04.02.2004 war es ausnahmsweise der Fall, dass Frau S die Zimmer in der Sporthotel B GmbH aufgeräumt hat.

Diese Tätigkeit führte Frau S deshalb ausnahmsweise an diesem Tag aus, da die im Hotel beschäftigte Tochter der Schwiegertochter der Frau C erkrankt war.

Kurzfristig war es für Frau C nicht möglich, Ersatz für die erkrankte Tochter der Schwiegertochter ausfindig zu machen. Frau C erinnerte sich gleich, als sie mit dieser Situation konfrontiert wurde an Frau S und hatte Frau S auch Zeit.

Darüber hinaus hat Frau C, schon des öfteren über das AMS Bludenz versucht, eine Bewilligung für Frau S zu bekommen, da sie mit der verrichteten Arbeit in ihrem Haushalt durch dieselbe zufrieden war. Diese Anträge wurden jedoch immer abgelehnt.

Aufgrund der knappen Personalsituation versucht Frau C bereits seit Anfang Jänner 2004 über das Arbeitsamt eine Arbeitskraft im Bereich Zimmermädchen zu bekommen. Dies ist bis dato jedoch nicht erfolgt.

Das Arbeitsamt hätte vorliegend jedoch im Einzelfall zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Lage und die Entwicklung des Arbeitsmarktes eine solche Beschäftigung der Frau S zulässt und ihr nicht etwa wichtige öffentliche gesamtwirtschaftliche Interessen entgegenstehen.

Frau C versucht ihrerseits ja bereits seit Anfang Jänner 2004 eine Arbeitskraft in diesem Bereich zu bekommen und war es ihr jedoch bis dato nicht möglich.

Da am 04.02.2004 noch eine zusätzliche Person ausgefallen ist, war es für Frau C unumgänglich, Frau S um Hilfe zu bitten.

Für diese Hilfstatigkeit erhielt Frau S kein Entgelt. Es liegt daher keine "Beschäftigung" nach § 2 AuslBG vor."

In ihrer weiteren Stellungnahme vom 30. Juni 2004 ergänzte sie dieses Vorbringen wie folgt:

"Frau S war zu keinem Zeitpunkt verpflichtet, irgendwelche Arbeiten vorzunehmen bzw. sich zu bemühen. Vielmehr hat Frau S sich der Frau C angeboten, ihr zu helfen. Dies erfolgte lediglich im Rahmen einer Art "Nachbarschaftshilfe" und hätte Frau S diese Arbeit auch ohne jegliche Gegenleistung vorgenommen. Frau S war vielmehr um Abwechslung in ihrem eintönigen Leben bemüht, da dieser die Decke auf den Kopf zu fallen drohte.

Dass sie hiefür Essen, Trinken und Kleidung für ihre Tochter bekommt, war nicht vereinbart, sondern war dies vielmehr ein Anliegen der Frau C, die Frau S gegenüber damit ihre Dankbarkeit zeigen wollte. Weder die Leistung der Frau S noch die Gegenleistung hiefür waren vereinbart worden."

Zutreffend hat bereits die belangte Behörde darauf verwiesen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als Gefälligkeitsdienste kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden können, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht werden. Bei Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall ein nicht dem Reglement des AuslBG unterliegender Gefälligkeitsdienst anzunehmen ist, hat die Behörde eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei trifft die Partei - unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung der Behörde zur amtsweisen Erforschung des für die Entscheidung notwendigen Sachverhaltes - eine entsprechende Mitwirkungspflicht, zumal es sich bei den zur Beantwortung der Frage, ob ein Freundschafts- oder Gefälligkeitsdienst vorliegt, maßgeblichen Umstände um solche handelt, die zumeist der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind, und der Behörde nicht ohne Weiteres zur Kenntnis gelangen. Es ist in diesen Fällen daher Sache der Partei, entsprechende konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten.

Das Vorliegen eines "Freundschaftsverhältnisses" wurde erstmals in der Berufung behauptet, jedoch ohne eine nähere

Konkretisierung. Diese unsubstanziierte und nicht näher ausgeführte Behauptung der Beschwerdeführerin ist für sich genommen jedoch nicht ausreichend, einen freiwilligen unentgeltlichen Freundschaftsdienst anzunehmen, zumal etwa auch die Feststellung, dass die genannte Ausländerin bisher "fallweise im privaten Haushalt geholfen" habe, für die Annahme eines besonderen Naheverhältnisses nicht ausreicht, wenn diese angeblich freundschaftlichen Bande zwischen der Beschwerdeführerin und der Ausländerin nicht weiter konkretisiert werden (vgl. zu allem etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0020, und die dort wiedergegebene Judikatur). In den für die Entscheidung wesentlichen Umständen folgte die belangte Behörde ohnedies den insoweit übereinstimmenden Angaben der Beschwerdeführerin und der Ausländerin, hat diese aber einer von jener der Beschwerdeführerin abweichenden rechtlichen Beurteilung unterzogen. Eine Unschlüssigkeit der von der belangten Behörde vorgenommenen Beweiswürdigung in dem für die Entscheidung erheblichen, insoweit von den betroffenen Personen übereinstimmend dargelegten Sachverhalt zeigt daher auch die Beschwerde nicht auf. Dabei kommt es insbesondere auch nicht auf die Frage an, ob das von der Ausländerin anlässlich ihrer niederschriftlichen Befragung angegebene "Essen und Trinken frei" als synallagmatische Gegenleistung zu beurteilen ist oder nicht; ausschlaggebend ist vielmehr, dass eine Unentgeltlichkeit jedenfalls nicht vereinbart war, bzw. über dieses Thema gar nicht gesprochen wurde, sodass im Sinne des § 29 Abs. 1 AuslBG der betroffenen Ausländerin bei Annahme des Vorliegens eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auf Grund der anderen gegebenen Kriterien für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages grundsätzlich zustehen.

Insgesamt erweist sich daher die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, sowie das dieser rechtlichen Beurteilung zu Grunde liegende Verwaltungsstrafverfahren als mangelfrei.

Insoweit die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 15. September 1994, Zl. 94/09/0137, die Möglichkeit einer bloß konkludenten Vereinbarung der Unentgeltlichkeit anspricht, ist ihr entgegen zu halten, dass eben im vorliegenden Fall mangels Glaubhaftmachung eines spezifischen Naheverhältnisses eine Vereinbarung der Unentgeltlichkeit nicht - auch nicht konkludent - glaubhaft gemacht werden konnte und schon aus diesem Grunde ein Widerspruch zu dem in der Beschwerde zitierten Erkenntnis nicht vorliegt.

Die Qualifizierung der von der Ausländerin erbrachten Tätigkeit als eine den Bestimmungen des AuslBG unterworfenen Beschäftigung erweist sich sohin als fehlerfrei.

In ihrer Berufung hatte die Beschwerdeführerin beantragt, von der Strafe in Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG abzusehen und berief sich - sachverhaltsmäßig - auf eine situationsbedingte Notlage, die die betroffene Ausländerin hätte überbrücken sollen. Mit diesem Vorbringen kann die Beschwerdeführerin keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides mit Erfolg geltend machen, weil bloß wirtschaftliche Engpässe nicht zu den nach § 21 VStG zu berücksichtigenden besonderen Umständen zählen, die etwa auch bei vorsätzlichen Handeln des Beschuldigten eine Anwendung dieser Bestimmung rechtfertigen könnten.

Die Beschwerde war aus diesen Gründen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. Nr. II Nr. 333/2003.

Wien, am 9. Oktober 2006

## Schlagworte

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG  
Offizialmaxime Mitwirkungspflicht Manuduktionspflicht VwRallg10/1/1

## European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2006:2005090099.X00

## Im RIS seit

10.11.2006

**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)