

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/9/3 99/09/0083

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.09.2002

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1151;

AuslBG §2 Abs2;

AuslBG §2 Abs4;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lit.a;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Flendrovsky, über die Beschwerde des X in W, vertreten durch Dr. Hans-Jörg Haftner, Rechtsanwalt in 3100 St. Pölten, Herrengasse 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 1. März 1999, Zl. Senat-WY-98-001, wegen Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.089,68 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 1. März 1999 wurde der Beschwerdeführer wegen Übertretung der § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes-AuslBG in zwei Fällen mit Geldstrafen im Ausmaß von jeweils S 20.000,- (Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils fünf Tagen) bestraft, weil er als handelsrechtlicher Geschäftsführer der C-GmbH mit dem Sitz in W, zu verantworten habe, dass zwei namentlich bezeichnete chinesische Staatsbürger am 12. Juni 1997 in den Räumlichkeiten des von ihm geführten Chinarestaurants ohne entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt worden seien.

Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens sehe die belangte Behörde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - an der der Beschwerdeführer allerdings unentschuldigt nicht teilgenommen habe - folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Die chinesischen Staatsbürger seien anlässlich einer Kontrolle durch ein Organ des Arbeitsinspektorates für den achten Aufsichtsbezirk am 12. Juni 1997 im genannten Chinarestaurant tätig angetroffen worden. Der Ausländer C sei mit dem Schneiden von Kräutern in der Küche beschäftigt gewesen, wobei diese Tätigkeit selbständig durchgeführt worden sei, und sich der Beschwerdeführer dabei nicht in der Nähe des Ausländers befunden habe. Die arbeitend angetroffene chinesische Staatsbürgerin Z sei im Schankbereich aufhältig und mit dem Einschenken eines Getränks befasst gewesen und habe sich hiebei in jenem Bereich aufgehalten, der üblicherweise den Gästen nicht zugänglich sei, nämlich hinter der Schank. Der Beschwerdeführer sowie seine Ehegattin hätten sich zu diesem Zeitpunkt ebenfalls im Lokal aufgehalten.

Der Zeuge S, jenes Organ des Arbeitsinspektorates, welches die Kontrolle durchgeführt habe, habe ausführlich und glaubwürdig die Amtshandlung geschildert, insbesondere auch den Umstand, dass die Ehegattin des Beschwerdeführers, welche sich ebenfalls in der Nähe der Schank aufgehalten hätte, zunächst versucht habe, das Erhebungsorgan vom Weitergehen in den Schankbereich abzuhalten. Während dieser Zeit seien auch die beiden Fremden in den oberen Teil des Gebäudes gelaufen und erst nach Aufforderung durch das Erhebungsorgan wieder ins Lokal gerufen worden. Er habe sich auch daran erinnert, dass die beiden Ausländer in der für Chinarestaurants typischen Arbeitskleidung - weiße Bluse bzw. weißes Hemd und schwarzer Rock bzw. schwarze Hose - angetroffen worden wären, wohingegen sie nach ihrem Wiedererscheinen im Lokal Straßenkleidung bzw. jedenfalls Jacken oder Ähnliches getragen hätten. Die Ehegattin des Beschwerdeführers hätte dem Erhebungsorgan gegenüber später erklärt, dass sie diese Arbeitskleidung zur Verfügung gestellt hätte.

Aus den Angaben des Zeugen S ergebe sich, dass die beiden Ausländer während der Geschäftszeiten Tätigkeiten im Rahmen des von der GmbH betriebenen Lokals erbracht hätten. Es sei aus der Anzeige sowie den Angaben des Zeugen kein Hinweis darauf zu erkennen, dass die anlässlich der Amtshandlung als einzige der deutschen Sprache mächtige Frau des Beschwerdeführers angedeutet hätte, dass es sich bei den spruchgegenständlichen Fremden um ihre Verwandten oder solche ihres Mannes gehandelt hätte. Dieser Umstand sei dem Zeugen erst durch die Stellungnahme des Parteienvertreters im Verfahren bekannt geworden.

Aus Sicht der belangten Behörde erscheine ein Verwandtschaftsverhältnis angesichts des Umstandes, dass den Erfahrungen des täglichen Lebens zu Folge eine derartige Behauptung bereits anlässlich der Amtshandlung selbst erfolgt wäre, weiters zu Folge der Tatsache, dass von Seiten des Beschwerdeführers keine Nachweise über das behauptete Verwandtschaftsverhältnis beigebracht worden seien, nicht nachvollziehbar, es sei überdies darauf hinzuweisen, dass nach dem AuslBG relevante Beschäftigungsverhältnisse auch unter Verwandten nicht ausgeschlossen seien.

Die Vorlage schriftlicher Unterlagen betreffend ein allfälliges Verwandtschaftsverhältnis wäre dem Beschwerdeführer ungeachtet seiner Nichtteilnahme an der Verhandlung jederzeit möglich gewesen. Daran ändere auch sein Hinweis nichts, wonach die beiden Ausländer ein gültiges Zehntagevisum gehabt hätten und per Bahn von Luxemburg eingereist wären. Wenn er einwende, die erstinstanzliche Behörde hätte sich nicht mit dem wesentlichen Inhalt des Verwaltungsaktes auseinander gesetzt und Touristenvisa, Bahnkarten und Kopien der Reisepässe zur Gänze negiert, so sei diesem Einwand nicht zu folgen, da auch der belangten Behörde eine vermeintliche Relevanz dieser Urkunden im Zusammenhang mit der von den beiden Ausländern anlässlich der Amtshandlung festgestellten Tätigkeit im Lokal nicht erkennbar sei. Für diese sei irrelevant, auf welche Art die beiden Ausländer in das Bundesgebiet eingereist seien und sei es weiters nicht von Bedeutung, ob eine aufenthaltsrechtliche Bewilligung vorgelegen habe.

Wenn der Beschwerdeführer meine, die bloße Tatsache, dass der Ausländer C beim Schneiden eines speziellen Gewürzkräutes und die Ausländerin Z beim Ausschneiden gesehen worden sei, könne die erstinstanzliche Behörde nicht dazu veranlassen, von einem Beschäftigungsverhältnis auszugehen, so sei darauf hinzuweisen, dass beide zweifelsfrei Tätigkeiten im Rahmen eines Gewerbebetriebes ausgeübt hätten und auch kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse dem AuslBG unterlägen. Wenn er weiters anlässlich einer im erstinstanzlichen Verfahren abgegebenen Stellungnahme schließlich meine, der spruchgegenständliche Ausländer sei ein selbständiger Gastronom in Luxemburg und habe sich, wie dies unter Kollegen üblich sei, mit seinem Schwager über gastronomische Tätigkeiten unterhalten bzw. ein spezielles Gewürzkräut, welches dieser nicht gekannt hätte, mit ihm geschnitten, so sei ihm die Unglaubwürdigkeit einer solchen Behauptung einerseits entgegenzuhalten und ergebe sich andererseits kein Hinweis für die Richtigkeit dieser Behauptung aus der Aussage des Zeugen S, da dieser eindeutig ausgeführt habe, der Beschwerdeführer hätte sich zu Zeitpunkt der Tätigkeit des Ausländers nicht in dessen Nähe aufgehalten.

Aus den Aussagen des Zeugen S ergebe sich weiters, dass die Deutschkenntnisse der Frau des Beschwerdeführers zum Vorfallszeitpunkt ausreichend gewesen wären und die im Anzeigehalt enthaltenen Feststellungen auf Grund der verständlichen, in deutscher Sprache abgegebenen, Erklärungen der Ehegattin festgehalten worden seien. Demgegenüber hätte sich der Zeuge aus sprachlichen Gründen mit den beiden gegenständlichen Ausländern, ebenso wie mit dem Beschwerdeführer, nicht unterhalten.

Die beiden chinesischen Staatsbürger hätten nicht als Zeugen im Berufungsverfahren vernommen werden können, weil deren Adressen nicht bekannt gewesen seien und der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht im Verfahren auch eine derartige Bekanntgabe unterlassen habe. Ausdrücklich werde darauf hingewiesen, dass er an der mündlichen Verhandlung - trotz ordnungsgemäßer Ladung und trotz des Umstandes, dass die Verhandlung in unmittelbarer Nähe des vom Beschwerdeführer betriebenen Lokals stattgefunden habe - unentschuldig nicht teilgenommen habe.

Die belangte Behörde habe auf Grund der glaubwürdigen Aussagen des Zeugen S vom Vorliegen des dargestellten Sachverhaltes ausgehen müssen. Zu Folge des Umstandes, dass es sich um Tätigkeiten im Rahmen eines gewerblichen Betriebes gehandelt habe, sei auch nicht relevant, dass das Beweisverfahren konkrete Hinweise über die Entlohnung der beiden Ausländer nicht erbracht habe, da es sich jedenfalls um Tätigkeiten gehandelt habe, welche einen Anspruch auf angemessene Entlohnung begründet hätten.

Maßgebend für die Einordnung in den Beschäftigungsbegriff des § 2 Abs. 2 AuslBG sei, dass die Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt werde. Dabei sei auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung dem AuslBG unterworfen. Liege eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilde, so sei von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung komme es nicht an.

Was die Strafhöhe betreffe, so gehe aus der Vorstrafenabfrage hervor, dass über den Beschwerdeführer bereits eine einschlägige rechtskräftige Verwaltungsstrafe wegen Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG vor dem Vorfallszeitpunkt verhängt worden sei. Auf den gegenständlichen Fall bezogen bedeute dies, dass der zweite strafsatzbestimmende Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG heranzuziehen sei.

Übertretungen des AuslBG hafte ein erheblicher Unrechtsgehalt schon dadurch an, dass das öffentliche Interesse, einen geregelten Zugang ausländischer Arbeitskräfte zum inländischen Arbeitsmarkt sicherzustellen, untergraben werde. Milderungsgründe lägen entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers keine vor. Da aber auch Erschwerungsgründe nicht zu Tage getreten seien, habe die belangte Behörde die im Ausmaß von je S 40.000,- verhängten Geldstrafen auf das gesetzliche Mindestmaß von je S 20.000,- herabsetzen können. Dadurch sei auch allfälligen ungünstigen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen bestmöglich Rechnung getragen worden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte unter Abfassung einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, i. d.F. BGBl. Nr. 201/1996, 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 dem § 3 leg. cit. einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (oder Entsendebewilligung) erteilt, oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, aber wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafen von 10.000 S bis zu 60.000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20.000 S bis zu 120.000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20.000 S bis zu 120.000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40.000 S bis zu 240.000 S.

Gemäß § 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 oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Als Beschäftigung gilt § 2 Abs. 2 AuslBG zu Folge 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, BGBl. Nr. 196/1988. Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Der Beschwerdeführer hatte im Verfahren vor der Behörde erster Instanz sowie in seiner Berufung vorgebracht, dass es sich bei den in seinem Lokal angetroffenen Personen um den Bruder seiner Ehegattin und dessen Ehegattin gehandelt habe, die in Luxemburg ein Restaurant betrieben und den Beschwerdeführer und dessen Ehegattin auf Grund eines zehntägigen Touristenvisums besucht hätten. Der Beschwerdeführer hatte Bahnkarten, Kopien von Reisepässen und Visa-Bestätigungen vorgelegt und vorgebracht, dass sich die beiden Ausländer während ihres fünftägigen Aufenthaltes beim Beschwerdeführer und seiner Ehegattin lediglich als Touristen in W. aufgehalten und hierbei auch diverse Besuche und Ausflugsfahrten unternommen hätten.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt hat, fallen Gefälligkeitsdienste nicht unter die bewilligungspflichtige Beschäftigung 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 zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des AuslBG ist fließend. Es ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können. So hat der Verwaltungsgerichtshof etwa in seinem Erkenntnis vom 11. Juli 1990, Zl. 90/09/0062, ausgesprochen, dass der Umstand der stundenweise Aushilfe (in der Landwirtschaft und im Gastbetrieb) eines Ausländers, der bei einem Arbeitgeber freies Quartier und freie Kost hat, alleine für sich nicht die Annahme einer Beschäftigung im Sinne des AuslBG rechtfertigt. Auch die Mithilfe eines Dauergastes im Haushalt oder die Dienste eines Flüchtlings für Quartier und Kost kann einen Gefälligkeitsdienst darstellen. Bedenken sind dann angebracht, wenn die Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb erfolgt. Wesentlich ist dabei die Freiwilligkeit der Arbeitsleistung insofern, als keine Verpflichtung zu ihrer Erbringung bestehen darf (was der Verwaltungsgerichtshof damit umschrieben hat, dass kein versteckter oder offener Zwang vorliegen darf; vgl. zum Ganzen etwa die hg. Erkenntnisse vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0199, und vom 4. April 2001, Zl. 99/09/0148 m.w.N.). Zwar kann eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG auch bei bloß kurzfristigen Arbeitsleistungen und auch dann vorliegen, wenn sie nur für Naturalleistungen erbracht werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 1999, Zl. 97/09/0089, m.w.N.); eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG Bestimmung wird aber nur dann gegeben sein, wenn auf Grund der gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG gebotenen Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts und nicht der äußeren Erscheinungsform ein Mindestmaß an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft besteht (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 1. Oktober 1997, Zl. 96/09/0036).

Im vorliegenden Fall hat sich die belangte Behörde - in Verkennung dieser Rechtslage - mit der Feststellung begnügt, dass der bei der Kontrolle angetroffene Ausländer in der Küche des Restaurants des Beschwerdeführers Gemüse geschnitten und dass die Ausländerin hinter der Schank ein Getränk eingekauft habe. Weitere Feststellungen hinsichtlich der zwischen dem Unternehmen des Beschwerdeführers und den Ausländern allenfalls bestehenden wirtschaftlichen oder persönlichen Beziehungen, etwa hinsichtlich eines allfälligen Entgelts oder Entgeltsanspruchs, hat die belangte Behörde jedoch unterlassen. Damit hat sie jedoch die Rechtslage, die eben das Vorliegen eines Mindestmaßes an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft verlangt - angesichts des auch von der belangten Behörde letztlich dahingestellt gelassenen Vorbringens des Beschwerdeführers, die Tätigkeiten wären im Rahmen eines Verwandtschaftsbesuches erbracht worden - verkannt, und den angefochtenen Bescheid mit einem sekundären Verfahrensmangel belastet.

Dieser war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben, wobei nicht weiter zu erörtern war, ob auch die vom Beschwerdeführer erhobene Vorwurf der Verletzung von Verfahrensvorschriften zutrifft.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001. Der zuerkannte Betrag setzt sich aus dem Schriftsatzaufwand (EUR 908,--) und der Pauschalgebühr in tatsächlich entrichteter Höhe von S 2.500,-- (das sind nunmehr EUR 181,68) zusammen.

Wien, am 3. September 2002

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:1999090083.X00

**Im RIS seit**

18.10.2002

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

© 2025 JUSLINE

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

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