

TE Vwgh Erkenntnis 2008/10/16 2007/09/0257

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.10.2008

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 lita idF 2002/I/068;

AuslBG §29;

AuslBG §3 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Petritz, über die Beschwerde des YLS in Innsbruck, vertreten durch Mag. Dr. Erich Keber, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kaufmannstraße 2/II, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 6. September 2004, Zl. uvs- 2003/K1/006-4, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien:

1. Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, 2. Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Begründung

Mit Bescheid des Stadtmagistrats der Landeshauptstadt Innsbruck vom 31. Juli 2003 wurde der Beschwerdeführer als persönlich haftender Gesellschafter der S. KEG (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) für schuldig erkannt, am 21. November 2002 im Gastbetrieb eines näher angeführten Restaurants in Innsbruck einen namentlich angeführten chinesischen Staatsangehörigen entgegen § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) als Koch beschäftigt zu haben, ohne dass für diesen Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine sonstige nach dem

AuslBG erforderliche Bewilligung vorgelegen sei. Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG begangen. Über ihn wurde gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.500,- verhängt und ihm Verfahrenskosten auferlegt.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung, in welcher er darauf verwies, er habe bereits in einem früheren Verfahrensstadium angegeben, dass der ausländische Staatsangehörige für eine Stunde zu Mittag zur Probe habe kochen sollen und, wenn er den Erwartungen entsprechen sollte, auch um eine Arbeitserlaubnis angesucht worden wäre. Für diese Probestunde sei kein Entgelt vereinbart worden. Die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses und damit das Bewilligungserfordernis nach dem AuslBG seien bei einer einmaligen Probearbeit zwecks Feststellung der Eignung für den künftigen Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht gegeben gewesen. Für seine Tätigkeit sei mit dem Ausländer kein Entgelt vereinbart gewesen und es sei ihm lediglich für den Zeitraum vom 20. November 2002 bis zum 21. November 2002 freie Unterkunft und Verpflegung gewährt worden. Die Tätigkeit des Ausländers könne auch als Gefälligkeitsdienst ohne jede Rechtspflicht angesehen werden, eine Rechtspflicht zur Arbeit als Koch könne auf Grund des Sachverhaltes weder in tatsächlicher noch rechtlicher Sicht abgeleitet werden.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 6. September 2004 wurde der Berufung des Beschwerdeführers nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 24 und § 51 VStG insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von EUR 2.500,- auf EUR 1.600,- (Ersatzarrest von zwei Tagen) herabgesetzt wurde und die Verfahrenskosten erster Instanz mit EUR 160,- neu festgesetzt wurden. Zur Begründung des angefochtenen Bescheids führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges wie folgt aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht nachstehender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Der Berufungswerber ist persönlich haftender Gesellschafter der Firma S. KEG, die unter der Adresse M-Straße 37/I das Chinarestaurant C. betreibt. Von Beamten des Hauptzollamtes Innsbruck, unter anderem von Herrn O.U., wurde am 21.11.2002 um

12.30 Uhr im Chinarestaurant C. in der M-Straße 37/I eine Kontrolle durchgeführt. Dabei konnte der Beamte bzw. sein Kollege S. den chinesischen Staatsangehörigen Q.D., geb. am 17.03.1979, mit Arbeitskleidung (weißer Hose, weißer Jacke und weißer Kochschürze) in der Küche beim Arbeiten (Kochen) antreffen. Der chinesische Staatsangehörige war nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises. Der S. KEG wurde für die Beschäftigung des chinesischen Staatsangehörigen keine Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt.

Der chinesische Staatsangehörige Q.D. wurde am 21.11.2002 von einem Beamten der Bundespolizeidirektion Innsbruck unter Zuhilfenahme eines Dolmetschers befragt und gab an, dass er im Chinarestaurant F.L.H. in Bozen als Koch gearbeitet habe. Er führte aus, dass er gestern mit Freunden von Bozen nach Innsbruck gereist ist, da der Berufungswerber ihn eingeladen hatte. Er führte aus, dass er bei diesem als Koch anfangen und einige Tage zur Probe dort kochen hätte sollen. Um 11.00 Uhr habe er am 21.11.2002 mit der Arbeit begonnen. Um 12.30 Uhr habe die Kontrolle stattgefunden.

Der Berufungswerber wurde von der Erstbehörde einvernommen und gab dort an, dass Herr Q.D. sich für eine Anstellung in seinem Lokal als Koch beworben habe. Er habe vereinbart, dass er am 21.11.2002 für eine Stunde zu Mittag zur Probe kochen solle und dass, wenn er diesen Erwartungen entsprechen sollte, um eine Arbeitserlaubnis angesucht werden solle. Für die Probestunde sei kein Entgelt vereinbart, sondern lediglich freie Unterkunft und Verpflegung ausgemacht worden."

Die belangte Behörde führte weiter im Wesentlichen nach einem Hinweis auf § 28 Abs. 7 AuslBG aus, dass der Ausländer unbestrittenermaßen in der Küche beim Kochen im Restaurant des Beschwerdeführers angetroffen worden sei. Dem Beschwerdeführer sei ein schuldbefreiendes Glaubhaftmachen im Sinne des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG nicht gelungen. Wenn er tatsächlich nur die Kochkünste des Ausländers überprüfen hätte wollen, so wäre anzunehmen, dass er dafür eine einfachere Vorgangsweise gewählt hätte. Entweder hätte er sich hinsichtlich der Kochkünste des Ausländers in jenem Restaurant, in welchem dieser bisher in Bozen gearbeitet habe, überzeugen können oder er hätte sich "privat" etwas vorkochen lassen können, ohne dass es bedurft hätte, dass der chinesische Staatsangehörige im Betrieb des Beschwerdeführers tätig gewesen sei. Eine solche Überprüfung der Kochkünste wäre sinnvoller gewesen, da beim Probekochen im Restaurant nur die Kunden des Betriebes sich von der Qualität des Essens hätten überzeugen

können. Die belangte Behörde gehe daher davon aus, dass der Beschwerdeführer den Ausländer beschäftigt habe.

Von einem Gefälligkeitsdienst könne keine Rede sein, da, wie sich aus dem Akt ergebe, keine besondere Beziehung zwischen dem chinesischen Staatsangehörigen und dem Beschwerdeführer bestanden habe und für den Ausländer kein Grund bestanden habe, "gratis" zu kochen. Die Angaben des chinesischen Staatsangehörigen (nach seiner Betretung habe dieser angegeben, dass er im Chinarestaurant des Beschwerdeführers als Koch anfangen und daher einige Tage zur Probe dort hätte kochen sollen) seien auch unter dem Aspekt zu sehen, dass durch die Beschäftigung des Ausländers und die Kontrolle dem Beschwerdeführer "Schwierigkeiten" entstanden seien und daher der Ausländer dem Beschwerdeführer "aushelfen" habe wollen.

Die Herabsetzung der von der Behörde erster Instanz verhängten Geldstrafe auf eine Strafe von EUR 1.600,-- (Ersatzarrest von zwei Tagen) begründete die belangte Behörde damit, dass die gegen den Beschwerdeführer bestehende Vorstrafe mittlerweile weggefallen sei und er als unbescholten gelte. Mit der verhängten Geldstrafe werde der Strafraum bis zu EUR 5.000,--

bei weitem nicht ausgeschöpft, sodass die verhängte Geldstrafe als schuld- und tatangemessen zu betrachten sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen hat:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idFBGBl. I Nr. 68/2002, ist, wer einen Ausländer entgegen § 3 leg. cit. beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 25 000 Euro zu bestrafen.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass der im Spruch der Behörde erster Instanz genannte Ausländer am 21. November 2002 in der Küche des Restaurantbetriebes der vom Beschwerdeführer vertretenen KEG als Koch Arbeitsleistungen erbracht hat. Er hält den angefochtenen Bescheid jedoch deswegen für rechtswidrig, weil die belangte Behörde zu Unrecht angenommen habe, dass diese Arbeitsleistungen nur nicht zur Probe, um die Eignung des Ausländers als Koch im Betrieb des Beschwerdeführers unter Beweis zu stellen, erfolgt sei. Der Umstand, dass der Ausländer zur Probe gekocht habe und dabei freies Quartier und Kost erhalten habe, rechtfertige für sich allein nicht die Annahme einer Beschäftigung im Sinne des AuslBG. Der wahre wirtschaftliche Gehalt sei seitens der belangten Behörde nicht ausreichend geprüft worden.

Der Beschwerdeführer zeigt damit keine Rechtswidrigkeit der Beweiswürdigung durch die belangte Behörde auf. Eine unentgeltliche Vorführung von notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, die nur kurz dauert, unterliegt zwar nicht den Bestimmungen des AuslBG, wenn nicht im Rahmen einer Beurteilung gemäß § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG besondere Gründe (insbesondere im Hinblick auf das Vorliegen einer persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit) doch auf ein Beschäftigungsverhältnis schließen lassen, etwa wenn keine Unentgeltlichkeit vereinbart ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2008, Zl. 2004/09/0062, mwN).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde dem angefochtenen Bescheid jedoch nicht auf unschlüssige Weise die Aussage des Ausländers nach seiner Betretung vor der Bundespolizeidirektion Innsbruck vom 21. November 2002 zu Grunde gelegt, wonach er auf Einladung des Beschwerdeführers in dessen Restaurant als Koch hätte anfangen sollen und dabei - offensichtlich als Probezeit - einige Tage zur Probe kochen sollen. Der belangten Behörde ist kein Verfahrensmangel vorzuwerfen, wenn sie demgegenüber der Verantwortung des Beschwerdeführers, der Ausländer habe nur für eine Stunde zur Probe kochen sollen, keinen Glauben schenkte, und es kann ihre Begründung, weshalb sie dieser Verantwortung keinen Glauben schenke, auch nicht als unschlüssig erachtet werden, zumal der Beschwerdeführer im gesamten Verfahren keine Hinweise dahingehend gegeben hat, auf welche Weise er die Kochtätigkeit des Ausländers überprüft oder einer sonstigen Beurteilung unterzogen hätte, und die ausdrückliche Vereinbarung einer Unentgeltlichkeit nicht behauptet, sondern vielmehr die Gewährung von Kost und Logis zugestanden hat.

Bei dieser Sachlage ist auch die rechtliche Schlussfolgerung der belangten Behörde darauf, dass es sich um eine Beschäftigung des Ausländers im Sinne des § 3 Abs. 1 AuslBG gehandelt hat, nicht als rechtswidrig zu erachten, zumal für die Ausübung der Tätigkeit eines Kochs in einem Restaurant "für ein paar Tage" auch im Fall des Fehlens einer ausdrücklichen Vereinbarung über einen Arbeitslohn das Entstehen des Anspruchs auf einen solchen anzunehmen ist (vgl. § 1151 ABGB) und im Zweifel die Verwendung einer ausländischen Arbeitskraft entgeltlich ist (vgl. § 29 AuslBG und etwa das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2004, Zl. 2003/09/0078).

Nach dem Gesagten wurde der Beschwerdeführer sohin durch den angefochtenen Bescheid nicht in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt, weshalb die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2003.

Wien, am 16. Oktober 2008

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007090257.X00

Im RIS seit

17.11.2008

Zuletzt aktualisiert am

27.02.2009

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at