

TE Vwgh Erkenntnis 2008/5/15 2007/09/0238

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.05.2008

Index

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

Norm

AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §28 Abs7;
AuslBG §3 Abs1;
AVG §37;
AVG §45 Abs2;
VStG §25 Abs2;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des M F in M, vertreten durch Dr. Robert Fuchs, Rechtsanwalt in 4300 St. Valentin, Hauptplatz 1, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 9. März 2006, Zl. VwSen-251202/48/Lg/Hu, 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.

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

Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufung gegen das Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von Perg vom 16. Februar 2005 schuldig erkannt, er habe am 20. April 2004 zwei namentlich genannte rumänische Staatsangehörige entgegen § 3

Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG in seinem Gasthaus in M als Kellnerinnen beschäftigt. Über den Beschwerdeführer wurden zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen je 67 Stunden) verhängt.

Die belangte Behörde ging von dem dem Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes Perg zu Grunde gelegten Sachverhalt aus, wonach am 20. April 2004 eine Polizeikontrolle im Betrieb des Beschwerdeführers stattgefunden habe, bei der festgestellt worden sei, dass die zwei genannten ausländischen Staatsbürgerinnen hinter der Theke stehend, eine mit umgeschnallter Kellnerbrieftasche, angetroffen worden seien. Außer diesen zwei Personen sei sonst niemand da gewesen, der die im Lokal anwesenden acht bis zehn Gäste hätte bedienen können. Anlässlich seiner Erstbefragung habe der Beschwerdeführer selbst angegeben, die beiden Rumäninnen hätten in einem der leer stehenden Zimmer seines Betriebes wohnen dürfen, er habe ihnen auch zu Essen gegeben, gelegentlich würden diese ihm im Lokal als Kellnerinnen aushelfen. Im Zuge des weiteren Verfahrens habe sich der Beschwerdeführer zu seiner Rechtfertigung darauf berufen, es seien keinerlei Arbeitsverträge mit den Rumäninnen abgeschlossen worden, ihre Hilfeleistungen seien lediglich aus Freundschaft und Dankbarkeit erbracht worden. Er habe die beiden Rumäninnen auf Bitte eines "Stammkunden" bei sich aufgenommen.

Rechtlich folgte die belangte Behörde daraus, im Hinblick auf die Strittigkeit der Beschäftigung der Ausländerinnen durch den Beschwerdeführer sei festzuhalten, dass dieser im Rahmen der Kontrolle - nach dem Inhalt der Aussagen der auf Grund ihres Auftretens in der öffentlichen mündlichen Verhandlung und wegen der Übereinstimmung mit der Aktenlage als glaubwürdig erachteten Polizeiergane - zugegeben hätte, dass Arbeitsleistungen der Ausländerinnen ("Aushilfe") synallagmatisch ("gegen") im Verhältnis zu einer geldwerten Leistung des Beschwerdeführers (Kost und Quartier, so genannter Naturallohn, anerkannt in ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum AuslBG) erbracht worden seien. Schon unter diesem Blickwinkel erschiene die Tat erwiesen. Auch die ersten Angaben des Beschwerdeführers erschienen glaubwürdiger als seine späteren Bagatellisierungsversuche. Hinzu komme, dass der vom Beschwerdeführer geführte Entlastungszeuge angegeben habe, er sei keineswegs Stammgast, dem der Beschwerdeführer eine Gefälligkeit erwiesen habe, sondern er sei selten im Lokal anwesend und habe die lediglich nach einem Quartier suchenden Ausländerinnen nur an den Beschwerdeführer "weitergereicht". Über weitere Abmachungen zwischen den Parteien sei dieser Zeuge nicht informiert gewesen. Damit habe dieser Zeuge die Behauptung des Beschwerdeführers, es habe sich bei den erbrachten Arbeitsleistungen lediglich um Gefälligkeitsdienste gehandelt, nicht bestätigen können. Im Übrigen sei auch die Regelung des § 28 Abs. 7 AuslBG heranzuziehen, und festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die darin normierte gesetzliche Vermutung nicht habe widerlegen können. Es sei daher im Zweifel unter den genannten Voraussetzungen vom Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung auszugehen gewesen.

Im Übrigen legte die belangte Behörde unter Hinweis auf die verhängte Mindeststrafe 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 legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung dieser Norm BGBl. 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, 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.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2002, 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 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.

Gemäß Abs. 7 dieser Bestimmung ist das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne Weiteres anzunehmen, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, und der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Im Wesentlichen bringt der Beschwerdeführer vor, zu Unrecht sei die belangte Behörde nicht davon ausgegangen, dass von den beiden Rumäninnen lediglich Gefälligkeitsdienste erbracht worden seien. Der der rechtlichen Beurteilung zu Grunde liegende Sachverhalt sei nicht ausreichend klar festgestellt worden, insbesondere habe die Behörde die Aussage des Zeugen K. falsch gewichtet, indem sie zwar ihr Augenmerk auf die Frage eines persönlichen Naheverhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und dem Zeugen, nicht aber darauf gerichtet habe, dass er die Ausländerinnen lediglich im Zuge der Quartiersuche zum Beschwerdeführer gebracht habe. Dieser Zeuge sei glaubwürdig, weil er "kaum etwas mit dem Beschwerdeführer zu tun gehabt" habe und daher auch keinen Grund gehabt hätte, den Beschwerdeführer durch eine wahrheitswidrige Aussage zu entlasten. Die Vorschrift des § 28 Abs. 7 AuslBG sei unrichtig angewandt worden. Zu Unrecht habe die belangte Behörde auch unberücksichtigt gelassen, dass die Kosten für die Verköstigung der Ausländerinnen in einer Gastwirtschaft zu vernachlässigen gewesen seien und der Beschwerdeführer die den Rumäninnen geleisteten Gefälligkeiten (Zurverfügungstellung von Kost und Logis) ohne weiteren Aufwand habe leisten können. Der Aufenthalt der Rumäninnen habe jedenfalls einem anderen Zweck gedient als die Arbeitsaufnahme. Im Übrigen fehlten konkrete Feststellungen zu dem angeblich vorliegenden Arbeitsverhältnis und den diesem zu Grunde liegenden Vereinbarungen.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Bei Beurteilung, ob in einem konkreten Fall ein dem Reglement des AuslBG unterliegender Gefälligkeitsdienst des (der) Ausländer(s) anzunehmen ist, hat die Behörde eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0153, uva). Dabei fallen Gefälligkeitsdienste dann nicht unter den Begriff der bewilligungspflichtigen Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG, wenn sie nicht nur kurzfristig, freiwillig und unentgeltlich, sondern auch auf Grund spezifischer Bindungen zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger erbracht werden. Insgesamt ist auch im Zusammenhang mit der Behauptung bloßer Gefälligkeitsdienste gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG vom wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht von der äußeren Erscheinungsform auszugehen. Bei Beurteilung der Frage, ob im jeweils konkreten Fall ein derartiger

Gefälligkeitsdienst anzunehmen ist, trifft die Partei - unabhängig von der grundsätzlichen Verpflichtung der Behörde zur amtswegigen 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, erforderlichen Umständen um solche handelt, die zumeist der Privatsphäre der Partei zuzuordnen sind und der Behörde nicht ohne Weiteres zur Kenntnis gelangen. Es ist daher in diesen Fällen hauptsächlich Sache der Partei, entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. Oktober 2006, Zl. 2005/09/0089).

Der Beschwerdeführer konnte aber das Vorliegen von Gefälligkeitsdiensten seitens der Ausländerinnen nicht plausibel machen, zumal er weder ein besonderes Naheverhältnis zu diesen noch zu dem sie vermittelnden "Stammgast" glaubhaft machen konnte.

Im Gegenteil: Er behauptet noch in der Beschwerde, der Zeuge K. habe "kaum etwas mit dem Beschwerdeführer zu tun gehabt". Die Antwort auf die Frage, warum er diesem Gelegenheitsgast zuliebe zwei ihm unbekanntes Ausländerinnen auf seine Kosten, das heißt unentgeltlich, bei sich hätte aufnehmen sollen, bleibt er auch in der Beschwerde schuldig. Der Umstand, dass beide Ausländerinnen über Initiative dieses Gastes in sein Lokal kamen und auch zunächst der Zweck ihres Aufenthaltes ein anderer gewesen sein mag als der einer Arbeitsaufnahme, kann einen Rückschluss dahingehend nicht rechtfertigen, dass bis zum angenommenen Tatzeitpunkt (nämlich dem Tag der Kontrolle) nicht einvernehmlich eine andere Disposition zwischen den Beteiligten getroffen worden war. Dieses Argument des Beschwerdeführers geht daher ins Leere.

Zunächst vom Beschwerdeführer unbestritten blieb aber die Tatsache, dass beide Ausländerinnen in seinem Gewerbebetrieb hinter der Schank, eine umgürtet mit einer Kellnerbrieftasche, angetroffen worden waren, um "gegen freie Kost und Logis gelegentlich bei ihm auszuhelfen". Dass gegen freie Kost und Logis freiwillig und "gefälligkeitsweise" erbrachte Leistungen zulässig seien, vertrat er auch noch in seiner Rechtfertigung. Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof zwar wiederholt ausgesprochen, dass in einem Fall eines Gefälligkeitsdienstes, welcher nicht unter die bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG fällt, die Freiwilligkeit im Sinne des Fehlens einer rechtlichen Verpflichtung der Leistung ohne vertragliche Verpflichtung wesentlich ist. So hat er etwa die stundenweise Aushilfe (in der Landwirtschaft und im Gastbetrieb) eines Ausländers, der bei einem Arbeitgeber freies Quartier und freie Kost hat, als nicht ausreichend angesehen, vom Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des AuslBG auszugehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 11. Juli 1990, Zl. 90/09/0062). Bedenken hat der Verwaltungsgerichtshof aber dort als angebracht angesehen, wo die Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb erfolgte. Solche auch im Beschwerdefall anzubringenden Bedenken konnten vom Beschwerdeführer mangels Darlegung spezifischer, für eine bloß ausnahmsweise Aushilfsleistung sprechender Gründe nicht ausgeräumt werden.

Die belangte Behörde hat nämlich auch zutreffend auf die Bestimmung des § 28 Abs. 7 AuslBG verwiesen, wonach mangels entgegenstehender Glaubhaftmachung vom Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung auszugehen ist, wenn Ausländer in einem Betrieb in Betriebsräumen (erg.: oder Teilen eines solchen) angetroffen werden, die Betriebsfremden im allgemeinen nicht zugänglich sind. Dazu gehört in einem Gastraum auch jener dem bedienenden Personal vorbehaltene Bereich hinter der Schank. Es kann daher keine Rechtswidrigkeit darin erkannt werden, wenn die belangte Behörde von der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den gegenständlichen Fall ausging. Damit hätte der Beschwerdeführer aber glaubhaft machen müssen, dass eine bewilligungspflichtige Tätigkeit nicht vorlag. Zwar hat er in der von der belangten Behörde durchgeführten Berufungsverhandlung darauf hingewiesen, dass sein Gasthaus die Einstellung zweier Kellnerinnen nicht trage, er hat aber keine konkreteren Hinweise darauf geliefert, dass auch stunden- oder tageweise Aushilfstätigkeiten für ihn nicht finanzierbar wären. Im Übrigen kommt es bei Annahme einer bewilligungsunterworfenen Beschäftigung nicht auf den Abschluss von (schriftlichen) Arbeitsverträgen an, da § 2 Abs. 2 AuslBG ausdrücklich auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, wie etwa vertragliche Vereinbarungen etc, verweist.

Dass die den beiden Ausländerinnen gewährten Leistungen (Kost und Logis) für den Beschwerdeführer nicht kostenintensiv waren, weil, wie in der Beschwerde behauptet wird, die Zimmer seines Gasthauses ohnehin leer gestanden seien, ist für die Frage des Vorliegens eines Synallagmas unerheblich, weil es auf die Geldwertigkeit der wechselseitig erbrachten Leistungen ankommt, im vorliegenden Fall aber den erbrachten geldwerten Arbeitsleistungen die geldwerte Zurverfügungstellung von freier Kost und Logis gegenüberstand. Die Annahme eines Synallagmas war daher nicht unrichtig.

Aus diesem Grunde war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

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

Wien, am 15. Mai 2008

Schlagworte

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweislast Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007090238.X00

Im RIS seit

10.07.2008

Zuletzt aktualisiert am

07.10.2008

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at