

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/9/4 2003/09/0096

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.09.2006

## Index

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

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1995/895;  
AuslBG §28;  
AVG §37;  
AVG §39 Abs2;  
AVG §45 Abs2;  
AVG §58 Abs2;  
VStG §44a Z1;  
VStG §9 Abs1;  
VStG §9;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des S, vertreten durch Dr. Albin Walchshofer, Rechtsanwalt in 4060 Leonding, Mühlweg 5, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 29. April 2003, Zl. VwSen-251022/15/Lg/Ni, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, 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 dem gemäß § 66 Abs. 4 Allgemeines Verwaltungsgesetz (AVG) im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich (belangte Behörde) vom 29. April 2003 wurde der

Beschwerdeführer nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Neufassung der Spruchpunkte des erstinstanzlichen Straferkenntnisses für schuldig erkannt, er habe es als gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer der J GesmbH mit Sitz an einer näher angeführten Adresse in Linz zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 7. Februar 2001 die kroatische Staatsangehörige C und am 12. Februar 2001 die Ausländerin M beschäftigt habe, ohne dass für diese Ausländerinnen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei oder die Ausländerinnen eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen hätten. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verletzt, weshalb er wegen dieser Verwaltungsübertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG iVm §§ 16 Abs. 2, 19 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) zu Geldstrafen in Höhe von je EUR 1.450,- (im Falle der Uneinbringlichkeit: Ersatzfreiheitsstrafen in Höhe von je zwei Tagen) bestraft werde und ihm ein Beitrag zu den Verfahrenskosten auferlegt werde.

Nach Wiedergabe des Verfahrensganges, Darstellung der Beweisergebnisse und der Rechtslage stellte die belangte Behörde fest, dass die Ausländerinnen im Lokal Arbeitstätigkeiten als Kellnerinnen verrichtet hätten, was auch in der Berufung nicht bestritten worden sei. Lediglich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung habe der Beschwerdeführer versucht, die Aktivitäten der Ausländerinnen auf das Reinigen von Aschenbechern und Wegtragen von Gläsern "zu reduzieren". Diese Darstellung sei in Anbetracht der alleinigen Präsenz der Ausländerinnen mit den Gästen im Lokal (über mehrere Tage hinweg, wenn auch vielleicht nicht während der gesamten Öffnungszeiten) geradezu grotesk. Unwahrscheinlich sei auch die Behauptung, die beiden Ausländerinnen wären jeweils nur kurz für die sich um das Kind kümmernde Frau des Beschwerdeführers eingesprungen, was auch im Widerspruch mit der eigenen Behauptung des Beschwerdeführers stehe, wonach die Ausländerinnen einige Tage im Lokal gearbeitet hätten. Entgegen den Bagatellisierungsversuchen des Beschwerdeführers sei davon auszugehen, dass die Ausländerinnen zumindest Kellnerinnentätigkeiten ausgeübt hätten. Damit passe auch zusammen, dass (im Hinblick auf die langen Öffnungszeiten des Lokals, die anderweitige Vollbeschäftigung der Frau des Beschwerdeführers, die - so die Berufung - arbeitsmäßige Überlastung des Beschwerdeführers) offensichtlich Arbeitskraftbedarf geherrscht habe, insbesondere (so der Beschwerdeführer) weibliches Servierpersonal zur Förderung des Geschäftsganges gebraucht worden sei. Strittig sei die Entlohnung der Arbeit der Ausländerinnen. Gratisarbeit sei (auch im Kulturkreis des Beschwerdeführers) nicht zu vermuten; vielmehr müsse der Beschuldigte konkrete Umstände dartun, die "unentgeltliche Gefälligkeitsdienste" plausibel erscheinen lassen würden. Das wichtigste Moment dieser Rechtsfigur, das persönliche Naheverhältnis, sei gegenständlich nicht vorgelegen; so habe der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung unumwunden zugegeben, die Ausländerinnen zuvor nicht gekannt zu haben. Dazu komme, dass der Beschwerdeführer ein gleiches Argument schon in früheren Fällen gebraucht habe und hier sogar dasselbe Argument in zwei Fällen vorbringe. Dieses "Überstrapazieren" desselben Arguments beeinträchtige als solches schon die Glaubwürdigkeit des Vorbringens. Sohin stehe fest, dass die Ausländerinnen Arbeitsleistungen gegen Entgelt erbracht hätten, wobei unerheblich sei, in welcher Form und Höhe das Entgelt zu leisten gewesen wäre. Auch die diffizilen Abgrenzungsmerkmale des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses nach einem "beweglichen System" bedürften keiner ausholenden Erörterung. Vielmehr genüge die Feststellung, dass der Tätigkeit der Ausländerinnen jeweils Vereinbarungen über wechselseitige Pflichten (Arbeitsleistungen, Entlohnungen) zu Grunde gelegen und die Arbeitsleistung von persönlicher Abhängigkeit (Bindung an den Arbeitsort, an die vereinbarte Arbeitszeit, Weisungsunterworfenheit, Betriebsmittel des Arbeitgebers) geprägt gewesen seien, wobei es nicht darauf ankomme, in welcher Intensität die Weisungsbefugnis tatsächlich aktualisiert worden sei. Zwar sei richtig, dass hinsichtlich der Weisungsunterworfenheit der Ausländerinnen keine ausdrücklichen Aussagen vorgelegen seien. Gehe man aber davon aus, dass die Ausländerinnen typische Kellnertätigkeiten verrichtet hätten und dass es sich dabei nicht bloß um Gefälligkeitsdienste gehandelt habe, wäre es völlig lebensfremd gewesen, von Arbeitgeberrechten des Lokalbetreibers die Augen zu verschließen. Es lägen sohin ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme "von Arbeitsverhältnissen (mithin Beschäftigung im Sinne des AuslBG)" vor, wobei es unerheblich sei, dass die angepeilte Beschäftigungsdauer (wenn man dem Beschwerdeführer glaube: in beiden Fällen nur im Ausmaß von wenigen Tagen) relativ kurz gewesen sei. Die Taten seien daher dem Beschwerdeführer in objektiver und, da keine Entschuldigungsgründe ersichtlich seien, auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen. Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafzumessungsgründe auf der Grundlage des zweiten Strafsatzes des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl. Nr. 895/1995 (AuslBG), 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 (§§ 4 und 4c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe 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.

Der Beschwerdeführer lässt die Feststellungen der belangten Behörde unbestritten, dass er hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des AuslBG für die J GesmbH als zur Vertretung nach außen berufener Geschäftsführer verantwortlich gewesen sei. Er lässt weiters unbestritten, dass die beiden Ausländerinnen zu den im angefochtenen Bescheid angeführten Tatzeitpunkten im Cafe des Beschwerdeführers Arbeitsleistungen erbracht haben.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften wird geltend gemacht, dass der angefochtene Bescheid den Anforderungen der §§ 58 Abs. 2 AVG und 60 AVG nicht entspreche. Insbesondere hätte es im konkreten Fall einer Begründung bedurft, auf Grund welcher Erhebungsergebnisse oder weiterer Überlegungen die belangte Behörde vom bestrittenen Vorliegen der wesentlichen Bestandteile eines Arbeitsvertrages, nämlich insbesondere der willentlichen Verpflichtungen der Ausländerinnen, gegen Entgelt Arbeitsleistungen in wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit mit den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers zu erbringen, ausgegangen sei, obwohl sich aus den angeblichen Äußerungen der Ausländerinnen dem Meldungsleger gegenüber zu solchen Annahmen keine Anhaltspunkte ergäben. Auch sei nicht ersichtlich, wie der oder die Meldungsleger zu den Angaben in der Anzeige gelangen hätten können und wie aus ihren angeblichen Äußerungen die Vereinbarung eines Entgelts oder das Bestehen einer wirtschaftlichen oder persönlichen Abhängigkeit hätte abgeleitet werden können.

Für inhaltlich rechtswidrig hält der Beschwerdeführer den angefochtenen Bescheid weiters deswegen, weil die belangte Behörde das Vorliegen eines Gefälligkeitsdienstes nicht geprüft habe und keine Feststellungen hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Arbeitsleistungen der beiden Ausländerinnen und der äußeren Erscheinungsform der wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit der Arbeitskräfte getroffen habe. Auch stelle das bloße Sortieren von Getränken oder Reinigen von Aschenbechern oder Kassieren von Geld oder Wegtragen von Gläsern für sich genommen noch keine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG dar.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes können als Gefälligkeitsdienste kurzfristige, freiwillige, und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, 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 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, maßgeblichen Umständen 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, entsprechend konkrete Behauptungen aufzustellen und Beweise anzubieten. Eine derartige Konkretisierung hat der Beschwerdeführer aber weder im Verwaltungsstrafverfahren noch in der Beschwerde vorgenommen. Das zur Begründung der angeblichen Gefälligkeitsdienste erstattete Vorbringen des Beschwerdeführers, die beiden Ausländerinnen seien ihm persönlich nicht bekannt, es sei ihm Frau M als Gast bekannt gewesen sowie Frau C habe sich auf der Durchreise befunden und um eine Übernachtungsmöglichkeit gebeten, ist dafür nicht ausreichend, zumal

etwa auch die Feststellung mehrmaliger Kontakte allein für die Annahme eines besonderen Naheverhältnisses nicht ausreicht, wenn der Beschuldigte diese freundschaftlichen Bande zwischen ihm und der Arbeitskraft nicht näher konkretisiert (vgl. zuletzt etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0020 mwN).

Wurde mit den Ausländerinnen Unentgeltlichkeit nicht ausdrücklich vereinbart, dann schadet es nicht, wenn eine Vereinbarung über eine bestimmte Höhe des Entgelts unterblieben ist, gilt doch im Zweifel ein angemessenes Entgelt für die Dienste als bedungen (§ 1152 ABGB). Im Zweifel ist die Verwendung einer ausländischen Arbeitskraft entgeltlich (vgl. auch § 29 AuslBG); eine bloße Nichtbezahlung bedeutet nämlich nicht, dass der verwendete Ausländer oder die verwendete Ausländerin unentgeltlich verwendet bzw. nicht beschäftigt worden wären (vgl. hierzu etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Jänner 2004, Zl. 2001/09/0228, und die darin angegebene Rechtsprechung).

Auch mit dem Vorbringen, dass im angefochtenen Bescheid Tatzeiträume angeführt würden, die weit über die in Angaben in der Anzeige hinausgingen und dass überdies kein Tatort genannt werde, gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen. Dass die beiden Ausländerinnen an den im Bescheid angeführten Tagen im Cafe des Beschwerdeführers Arbeitsleistungen erbrachten, stellte er ja - wie bereits ausgeführt - nicht in Abrede.

Der Vorschrift des § 44a Z. 1 VStG ist dann entsprochen, wenn im Spruch des Straferkenntnisses dem Beschuldigten die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen ist, dass er in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen und der Spruch selbst geeignet ist, den Beschuldigten rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Der Spruch hat daher nicht nur die Sachverhaltselemente, von denen die Zuordnung eines Tatverhaltens zu den Merkmalen des Straftatbestandes abhängt, zu bezeichnen, sondern grundsätzlich auch die Anführung des Zeitpunktes der Begehung der Tat, und, falls es sich um einen Zeitraum handelt, dessen Anfang und Ende in einer kalendermäßig eindeutig umschriebenen Art zu umfassen (vgl. zB das hg. Erkenntnis vom 29. Mai 2006, Zl. 2003/09/0064). Die Angabe der Uhrzeit, zu welcher die unerlaubte Tat ausgeführt wurde, ist nicht erforderlich. Der Firmensitz des Arbeitgebers ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als Tatortumschreibung ausreichend, während die Angabe des Ortes der erbrachten Arbeitsleistungen - im Allgemeinen - nur der Individualisierung der vorgeworfenen Tathandlung dient (vg. das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 2002, Zl. 2000/09/0138).

Wird nicht der unmittelbare Täter, sondern der gesetzliche Vertreter einer GesmbH als nach § 9 Abs. 1 VStG strafrechtlich Verantwortlicher bestraft, so liegt diesem in der Regel insoweit ein Unterlassungsdelikt zur Last, als er es verabsäumt hat, das ihm als Vertreter der Gesellschaft Zumutbare und Mögliche vorzukehren, um die Begehung der Verwaltungsstraftat durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In diesen Fällen kommt als Tatort jeweils jener Ort in Betracht, an welchem der gesetzliche Vertreter hätte handeln sollen. Im Zweifel fällt dieser Ort mit dem Sitz des Unternehmens zusammen (vgl. die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II, § 44a VStG, unter E 245 ff zitierte Rechtsprechung). Dieser Ort ist aber - dem Beschwerdevorbringen zuwider - im Spruch des angefochtenen Bescheides mit der Wendung "mit dem Sitz in (es folgt die genaue Adresse) ..." genannt. Ob die Beschäftigung der beiden ausländischen Arbeitnehmerinnen an diesem Firmensitz oder an einem andern Ort stattgefunden hat, ist für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers ohne Belang.

Insoweit der Beschwerdeführer weiters die verhängten Strafen als an sich "bei weitem überhöht" rügt, verabsäumt er es, hierzu konkretes Vorbringen zu erstatten. Der Verwaltungsgerichtshof vermag die ausgesprochenen Strafen in Höhe von je EUR 1.450,- angesichts des gesetzlichen Strafrahmens von S 20.000 bis 120.000 auch unter Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer angegebenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie der zu berücksichtigenden Milderungs- und Erschwerungsgründe als keineswegs überhöht zu betrachten, da sie im untersten Bereich des Strafrahmens angesetzt und Gründe für eine außerordentliche Strafmilderung nicht ersichtlich sind.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333. Wien, am 4. September 2006

### **Schlagworte**

"Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatort "Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatzeit Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht Spruch und Begründung Verantwortlichkeit (VStG §9) zur Vertretung berufenes Organ Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG Offizialmaxime Mitwirkungspflicht

Manuduktionspflicht VwRallg10/1/1

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2003090096.X00

**Im RIS seit**

04.10.2006

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

© 2024 JUSLINE

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

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