

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/2/22 2005/09/0020

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.02.2006

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1151;  
AusIBG §2 Abs2 idF 2002/I/126;  
AusIBG §2 Abs2 litb idF 2002/I/126;  
AusIBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2002/I/160;  
AusIBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;  
AVG §37;  
AVG §39 Abs2;  
AVG §45 Abs2;  
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 des G in W, vertreten durch Dr. Heinz Meller, Rechtsanwalt in 1070 Wien, Neubaugasse 66, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 15. Dezember 2004, Zl. UVS-07/A/5/5330/2003/15, 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 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem gemäß § 66 Abs. 4 AVG im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 15. Dezember 2004 wurde der Beschwerdeführer in Erledigung der Berufung des Beschwerdeführers gegen das

Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den y-Bezirk, vom 16. Juni 2003 schuldig erkannt, er habe am 8. März 2003 um 11.00 Uhr in Wien-y, P-gasse, einen namentlich genannten polnischen Staatsangehörigen als Bauarbeiter beschäftigt, obwohl für diesen Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei, noch der Ausländer eine gültige Arbeitserlaubnis oder einen gültigen Befreiungsschein besessen habe. Dadurch habe der Beschwerdeführer § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz verletzt und sei - in Herabsetzung der von der Behörde erster Instanz ausgesprochenen Strafe - mit einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe: eine Woche) zu bestrafen gewesen.

Die belangte Behörde ging dabei auf Grund der Ergebnisse der von ihr durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung davon aus, dass der genannte polnische Staatsangehörige um 11.00 Uhr sowie an zwei weiteren Tagen vor dem 8. März 2003 für einige Stunden im Keller des Hauses in Wien-y, P-gasse, dessen Eigentümer der Beschwerdeführer sei, Grabungsarbeiten durchgeführt habe. Diese Grabungsarbeiten habe der polnische Staatsangehörige im Auftrag und mit Wissen des Beschwerdeführers durchgeführt, wobei der Ausländer nicht im Besitz einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung gewesen sei. Für diese Arbeiten habe der Ausländer vom Beschwerdeführer Kost und Quartier sowie die Möglichkeit der unentgeltlichen Nutzung des fertig gestellten Kellers als Musikproberaum für 10 Jahre erhalten.

Nach Darlegung ihrer beweiswürdigen Überlegungen führt die belangte Behörde rechtlich aus, das Tatbestandselement der Beschäftigung sei ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liege eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, die typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilde, sei von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Das Durchführen von Grabungsarbeiten im Keller des im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Hauses sei jedenfalls als solche Verwendung anzusehen. Im vorliegenden Fall sei lediglich zu prüfen gewesen, ob die Tätigkeit des Ausländer allenfalls als Gefälligkeitsdienst zu qualifizieren gewesen wäre, welcher keine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG darstelle. Als solche Gefälligkeitsdienste könnten kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen (etwa Freundschaft, Verwandtschaft, Nachbarschaft) zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht würden, wobei der Übergang zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in der Rechtsprechung als "fließend" bezeichnet und ausgeführt werde, dass eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen sei, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können. Im vorliegenden Fall habe der betretene Ausländer unbestritten Arbeitsleistungen erbracht, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet würden, und zwar ohne Vorliegen einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung. Unentgeltlichkeit sei nicht vorgelegen. Im Gegenteil: Der Ausländer habe für die Erbringung der Arbeitsleistung Kost und Unterkunft erhalten und es hätte ihm der gegenständliche Proberaum für die nächsten zehn Jahre unentgeltlich zur Verfügung stehen sollen. Dass es dazu letztendlich nicht gekommen sei, spiele keine Rolle. Soweit der Beschwerdeführer vorbringe, der Ausländer hätte die gegenständliche Arbeitsleistung auf Grund der bestehenden Freundschaft erbracht, sei festzuhalten, dass das Bestehen eines Freundschaftsverhältnisses das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des AuslBG nicht ausschließe. Da im gegenständlichen Fall die Grabungsarbeiten im Keller weder als kurzfristig noch als unentgeltliche Tätigkeit anzusehen gewesen seien und der Ausländer für seine Tätigkeit neben Kost und Unterkunft auch die unentgeltliche Nutzungsbewilligung für den Musikproberaum für zehn Jahre erhalten habe, sei vom Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinn des AuslBG auszugehen gewesen.

Da es sich bei der gegenständlichen Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs. 1 VStG handle und der Beschwerdeführer nicht glaubhaft habe machen können, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe, sei vom Vorliegen der subjektiven Tatseite der zur Last gelegten Verwaltungsübertretung auszugehen gewesen.

Auf Grund des Vorbringens des Beschwerdeführers im Berufungsverfahren sei - anders als die Behörde erster Instanz - ferner davon auszugehen gewesen, dass der Beschwerdeführer als Privatmann und nicht als handelsrechtlicher Geschäftsführer der von ihm vertretenen G.-GmbH den Ausländer beschäftigt habe. Aus diesem Grund sei eine

entsprechende Spruchkorrektur erfolgt, was zulässig sei, da sie nicht zu einer Auswechslung oder Überschreitung der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Tat geführt habe.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, nahm jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift unter Verweis auf die Begründung des angefochtenen Bescheides Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In Ausführung der Beschwerde macht der Beschwerdeführer zunächst geltend, die belangte Behörde habe zu Unrecht ein Beschäftigungsverhältnis als vorliegend erachtet. Ein solches sei nicht vorgelegen. Der Begriff des Arbeitsverhältnisses des AuslBG sei mit dem Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsvertragsrechtes ident, welches persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten von einem Arbeitgeber mittels Weisungsgebundenheit erfordere. Auf den Gegenstand der Arbeitsleistung hingegen komme es nicht an. Persönliche Abhängigkeit werde insbesondere bejaht bei Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften, Weisungsgebundenheit, Kontrollunterworfenheit und bei disziplinärer Verantwortlichkeit. Keines dieser Kriterien liege im konkreten Fall vor. Der Ausländer sei weder an Weisungen des Beschwerdeführers oder Dritter gebunden gewesen, noch an eine bestimmte Arbeitszeit, insbesondere Beginn und Ende derselben, Arbeitspausen, etc., noch an die Einhaltung bestimmter Arbeitsverfahren oder Bestimmung seines Verhaltens am Arbeitsplatz. Die Errichtung des Musikproberaumes sei durch eine Musikergruppe erfolgt, die durch "ein Freundschaftsband verbunden" gewesen sei. Alle hätten große Freude mit der Errichtung dieses Raumes gehabt und hätten eigene Ideen bei der Gestaltung nach Belieben einbringen können. Die Tätigkeiten des Ausländers seien daher aus freien Stücken und unentgeltlich erfolgt. Die belangte Behörde habe allein aus der Art der Beschäftigung auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses geschlossen, ohne dazu Feststellungen zum wahren wirtschaftlichen Gehalt und Hintergrund der Tätigkeit des Ausländers zu treffen. Hintergrund für die Arbeiten im Keller des genannten Hauses sei die Errichtung eines Musikproberaumes zum gemeinsamen Musizieren der an der Renovierung beteiligten Interessengemeinschaft gewesen, zu der der Beschwerdeführer und der Ausländer sowie andere Freunde der beiden gehört hätten. Ziehe ferner die belangte Behörde aus der Feststellung, der Ausländer habe Kost und Quartier erhalten sowie die Möglichkeit der unentgeltlichen Nutzung des fertig gestellten Kellers als Musikproberaum für zehn Jahre den Schluss, dies stelle eine entgeltähnliche Leistung dar, so sei dies unrichtig. Der Ausländer sei vielmehr schon mehrere Wochen vor Durchführung der Arbeiten nach Österreich eingereist, um den Beschwerdeführer zu besuchen, der ein "langzeitiger Bekannter" von ihm gewesen sei. Er habe seit seiner Einreise in der Wohnung des Beschwerdeführers gewohnt und sei bei diesem zu Gast gewesen. Die Zurverfügungstellung der Wohnung des Beschwerdeführers sei in keinem Zusammenhang mit den Renovierungsarbeiten gestanden. Er habe dafür keine Gegenleistung erbracht, vielmehr hätte er auch ohne Mitwirkung bei dem genannten Projekt in der Wohnung des Beschwerdeführers übernachten können und wäre von diesem verpflegt worden. Der Ausländer sei bereits zwei Wochen unentgeltlich in der Wohnung des Beschwerdeführers gewesen, als er mit Renovierungsarbeiten begonnen habe. Die in weiterer Folge erbrachten Arbeitsleistungen seien aus eigenem Antrieb erfolgt und nicht in einem Austauschverhältnis mit der Verpflegung und Unterkunft gestanden. Die "Benützungszusage" des Beschwerdeführers vermöge auch keine Entgeltlichkeit zu begründen, weil es sich bei dieser Erklärung lediglich um eine Erklärung unter Freunden ohne Geschäftswillen gehandelt habe, weil der Beschwerdeführer den Proberaum auch jederzeit einer anderen Widmung hätte zuführen können.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, LGBl. 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.

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 in 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 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 Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 EUR bis zu 25.000 EUR.

Der Beschwerdeführer hatte in der Berufung - abgesehen von dem von der belangten Behörde ohnedies berücksichtigten Vorbringen, die vom Beschwerdeführer vertretene G.-GmbH sei in den vorliegenden Sachverhalt nicht eingebunden gewesen - lediglich vorgebracht, eine Gruppe befreundeter Musiker habe als "Interessengemeinschaft" den gegenständlichen Keller renoviert, um daraus einen gemeinsamen Musikproberaum zu schaffen. Eine nähere Spezifizierung dieser "Interessengemeinschaft" bzw. seines Verhältnisses zu dem betretenen polnischen Staatsangehörigen nahm der Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren nicht vor.

Die belangte Behörde hat bereits zutreffend 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, erforderlichen 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. Die unsubstanziierte und nicht näher ausgeführte Behauptung des Beschwerdeführers, es handle sich bei dem bei der Arbeit betretenen polnischen Staatsangehörigen um "einen langjährigen Bekannten" ist für sich genommen nicht ausreichend, einen freiwilligen unentgeltlichen Freundschaftsdienst anzunehmen, zumal etwa auch die Feststellung bloß mehrmaliger Kontakte allein für die Annahme eines besonderen Naheverhältnisses nicht ausreicht, wenn der Beschwerdeführer diese freundschaftlichen Bande zwischen ihm und dem Ausländer nicht näher konkretisiert (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2004, Zl. 2003/09/078). Dabei ist die belangte Behörde ohnedies den als glaubwürdig erachteten

Angaben des Beschwerdeführers gefolgt, hat diese aber einer von jener des Beschwerdeführers abweichenden rechtlichen Beurteilung unterzogen. Diese erweist sich aber in Hinblick auf die oben dargestellte Rechtslage als nicht rechtswidrig.

Am Vorliegen eines zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b) AuslBG ändert auch nichts, dass dem Ausländer Kost und Quartier vom Beschwerdeführer beigestellt wurden. Zur Bewertung, ob Naturalleistungen zu vernachlässigen sind oder Entgeltcharakter aufweisen, kommt es regelmäßig auf die Umstände des Einzelfalles an. Da die belangte Behörde von einer spezifischen freundschaftlichen Bindung zwischen dem Ausländer und dem Beschwerdeführer nicht ausgehen konnte, lag aber auch kein Umstand zutage, der das Fehlen eines Synallagmas indiziert hätte. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob es sich bei der dem Ausländer gemachten Zusage, die nächsten 10 Jahre in dem neu geschaffenen Proberaum kostenlos proben zu können, um eine verbindliche Zusage oder "eine Erklärung unter Freunden ohne Geschäftswillen" gehandelt hat.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

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

Wien, am 22. Februar 2006

**Schlagworte**

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

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2005090020.X00

**Im RIS seit**

23.03.2006

**Zuletzt aktualisiert am**

19.09.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

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