

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/11/23 2004/09/0176

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.11.2005

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1152;

ABGB §1154;

AuslBG §2 Abs2;

AuslBG §28 Abs1 Z1 iIdF 2002/I/160;

AuslBG §29;

AuslBG §3 Abs1 iIdF 2002/I/126;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des Dipl. Ing. C in U, vertreten durch Kubac, Svoboda, Kirchwegger & Payer, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Kantgasse 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 27. Juli 2004, Zl. Senat-WU-04-2013, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, 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 vom 27. Juli 2004 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, am 11. Juni 2003 im Hinterhof eines näher bezeichneten Gebäudes zwei namentlich genannte polnische Staatsangehörige entgegen § 3 AuslBG mit Arbeiten als Mechaniker beschäftigt zu haben, ohne dass für diese Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine die Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis

ausgestellt worden sei. Er habe dadurch die Verwaltungsvorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt und sei gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG mit zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 48 Stunden) zu bestrafen gewesen.

Nach Darstellung des Verfahrensganges gab die belangte Behörde die Angaben des im erstinstanzlichen Straferkenntnis erstgenannten polnischen Staatsangehörigen wieder, er hätte am Tattat an einem Fahrzeug des Beschwerdeführers gearbeitet, wobei er hauptsächlich Ausbesserungsarbeiten an der Karosserie durchgeführt, also etwa Rostflecken entfernt hätte. Bei diesem Fahrzeug hätte es sich um ein dem Beschwerdeführer gehöriges gehandelt. Bei diesen Arbeiten hätte es sich - wie er schon anlässlich seiner Betretung angegeben hätte - um eine Art von Freundschaftsdienst für den Beschwerdeführer gehandelt, den er schon länger, nämlich etwa 12 bis 13 Jahre, kenne. Er hätte den Beschwerdeführer kennen gelernt, weil er ein Fahrzeug von ihm gekauft hätte. Er wäre ausgebildeter Kfz-Mechaniker. Im Tatzeitpunkt sei er alleine da gewesen, es wäre jedoch vorgesehen gewesen, dass er anschließend mit seiner Familie im Haus des Beschwerdeführers in G Aufenthalt nehme. Dort wäre er im Sommer mit seiner Familie schon öfters gewesen. Die Durchführung der Arbeiten am Fahrzeug des Beschwerdeführers wären deshalb ein Freundschaftsdienst gewesen, weil ihm auch der Beschwerdeführer in Polen bei der Fassade seines Hauses geholfen bzw. ihn bei der Auswahl der Farben für die Fassade beraten hätte. Die von ihm nun durchgeführten Arbeiten würden deshalb von ihm als eine Art "Revanche" bezeichnet. Die Arbeiten wären auch nur für einige Tage vorgesehen gewesen, zumal er ja dann mitsamt seiner Familie zum Beschwerdeführer nach G hätte fahren sollen. Eine etwaige Abgeltung in Geld wäre nicht vorgesehen gewesen. Bei dem im erstinstanzlichen Straferkenntnis zweitgenannten polnischen Staatsangehörigen hätte es sich um einen Bekannten von ihm gehandelt, der in Polen früher im selben Betrieb wie er selbst gearbeitet und ihn von dort gekannt hätte. Auch dieser hätte mit seiner Familie zum Beschwerdeführer kommen sollen. Im Tatzeitpunkt wäre er in Polen offiziell arbeitslos gewesen, hätte sich jedoch faktisch als Selbständiger mit Autos beschäftigt und aus diesem Grunde auch andere Länder bereist. Er wäre etwa anderthalb Wochen vor dem gegenständlichen Vorfall ins Bundesgebiet eingereist, zwischenzeitig kurz nach Ungarn ausgereist und etwa drei Tage vor der Kontrolle wieder nach Österreich eingereist. Die jeweiligen Fahrten wären mit dem Fahrzeug des im erstinstanzlichen Straferkenntnis zweitgenannten polnischen Staatsangehörigen vorgenommen worden, mit dem er sich auch die entstehenden Kosten geteilt hätte. Er hätte zwei bis drei Mal bei Kollegen in Wien übernachtet bzw. auch zwei oder drei Mal im Fahrzeug.

Der im erstinstanzlichen Straferkenntnis zweitgenannte Ausländer habe angegeben, er hätte im Zeitpunkt der Kontrolle ein Fahrzeug des Beschwerdeführers poliert und dafür einen Fetzen und Poliermittel in Händen gehabt. Er hätte diese Tätigkeiten durchgeführt, weil er mit dem Beschwerdeführer befreundet wäre, den er seit 12 bis 13 Jahren gekannt hätte, weil dieser damals ein Fahrzeug im Basar zum Kauf angeboten und er dieses auch erworben hätte. Der Beschwerdeführer hätte auch zwischenzeitig geholfen, ein weiteres Fahrzeug zu kaufen. Darüber hinaus hätte ihm der Beschwerdeführer beim Hausbau in Polen bzw. bei diversen diesbezüglichen Problemen beraten. Am Wochenende vor der Kontrolle wäre er mit seinem Kollegen wieder nach Österreich aus Ungarn eingereist und sie hätten dann zwei Nächte im Auto geschlafen, ansonsten aber bei Bekannten in Wien, wobei er genauere Tage nicht mehr zuordnen könnte. Am Vortag der Kontrolle hätte er kleinere Arbeiten an den Fahrzeugen zu reparieren mitgeholfen, so etwa einen Scheibenwischer repariert. Der Beschwerdeführer hätte gesagt, er solle das Fahrzeug polieren, den kaputten Scheibenwischer am Fahrzeug hätte er selbst bemerkt. Hinsichtlich der Gesamtdauer der Arbeiten wäre es so gewesen, dass am Tag der Kontrolle vielleicht zwei Stunden, am Vortag der Kontrolle etwa eineinhalb Stunden gearbeitet worden wäre. Bezüglich einer etwaigen Entlohnung für diese Tätigkeiten wäre es so gewesen, dass er und auch sein Kollege vom Beschwerdeführer eingeladen worden wären, gemeinsam mit den Familien in dessen Haus in G zu kommen, wo sie bereits auch vorher einmal eingeladen gewesen wären. Zweck seiner Einreise wäre gewesen, dass er ein anderes Fahrzeug hätte kaufen wollen, weil sein Auto bereits ziemlich reparaturbedürftig gewesen wäre. In Polen wäre er gemeinsam mit seiner Mutter in der Landwirtschaft tätig, nebenbei hätte er sich mit der Reparatur von Autos beschäftigt. Berufsfahrer wäre zwar sein erlernter Beruf, zum damaligen Zeitpunkt hätte er diesen aber nicht ausgeübt. Vor der gegenständlichen Kontrolle hätte er sich bereits einmal im Haus des Beschwerdeführers in G aufgehalten, sich dabei allerdings selbst verpflegt. Er hätte diese Arbeiten freiwillig gemacht, wobei der Beschwerdeführer erzählt hätte, er wolle mit dem Fahrzeug an einer Oldtimer-Rallye teilnehmen, bei welcher er vielleicht den ersten Preis mache, wenn das Fahrzeug schön poliert wäre. Er hätte dem Beschwerdeführer faktisch angeboten, das Fahrzeug zu polieren.

Ausgehend von diesen Angaben kam die belangte Behörde rechtlich nach Darlegung der Rechtslage zum Schluss, es bleibe zu prüfen, ob die Tätigkeit der beiden Ausländer als Gefälligkeitsdienste qualifiziert werden könnten, die dann der Regelung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nicht unterfalle. Als derartige Gefälligkeitsdienste könnten kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen, etwa Verwandtschaft, Freundschaft, Nachbarschaft, zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht würden, wobei der Übergang zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des AuslBG in der Rechtsprechung als fließend bezeichnet und ausgeführt werde, dass eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen sei, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können. Weiters könne der Umstand einer stundenweisen Aushilfe (in der Landwirtschaft oder einem Gastbetrieb) durch einen Ausländer, der bei einem Arbeitgeber freies Quartier und freie Kost habe, alleine für sich nicht die Annahme einer Beschäftigung im Sinne des AuslBG rechtfertigen. Auch die Mithilfe eines Dauergastes im Haushalt oder die Dienste eines Flüchtlings für Kost und Quartier oder die Mithilfe beim Ausladen eines Fahrzeuges als "Entgeltlichkeit" für eine Mitfahrgelegenheit könnten einen Gefälligkeitsdienst darstellen. Bedenken seien allerdings dort angebracht, wo die Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb erfolgen solle. Wesentlich sei die freiwillige Erbringung der Arbeitsleistung insofern, als zu dieser keine rechtliche Verpflichtung bestehen dürfe. Im Beschwerdefall hätten die beiden polnischen Staatsangehörigen Arbeitsleistungen erbracht, die nach allgemeiner Lebenserfahrung typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet würden, wobei ebenfalls unstrittig diese Tätigkeiten ohne Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung, einer Arbeitserlaubnis, einer Anzeigebestätigung, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises erbracht worden seien. Im Gegensatz zu den Ausführungen des Beschwerdeführers und auch den Angaben der Zeugen gehe aber die belangte Behörde davon aus, dass die von den Arbeitern verrichteten Tätigkeiten keinen Gefälligkeitsdienst dargestellt hätten, zumal ausgehend von den Angaben der beiden polnischen Staatsangehörigen diese an den Tagen, an welchen sie die Tätigkeiten an den Fahrzeugen des Beschwerdeführers durchgeführt hätten, bei diesem weder genächtigt hätten noch von diesem verköstigt worden seien, sondern in ihrem Fahrzeug übernachtet hätten. Allerdings sei ihnen zugesagt gewesen, anschließend daran - ein genauerer Zeitpunkt sei nicht feststellbar gewesen - gemeinsam mit ihren Familien in einem dem Beschwerdeführer gehörigen Haus in G Aufenthalt nehmen zu dürfen. Auch komme das spezifische Verhältnis der beiden Ausländer zum Beschwerdeführer nach Ansicht der belangten Behörde keiner Freundschaft nahe, sondern sei bestenfalls als Bekanntschaft zu apostrophieren gewesen, weil diese in dem von ihnen genannten Zeitraum ihres Bekanntseins von etwa 12 bis 13 Jahren erst einmal in dessen Haus Aufenthalt genommen und darüber hinaus immer nur gewisse Kontakte bestanden hätten, wie etwa die Vermittlung von Kraftfahrzeugen oder Beratung betreffend Durchführung von Arbeiten an Häusern der beiden Ausländer. Einer der beiden Ausländer hätte seine Tätigkeit als "Revanche" für eine Beratung durch den Beschwerdeführer bezeichnet. Bei dieser Sachlage sei es gerechtfertigt - zumal der den beiden Ausländer gemeinsam mit ihren Familien zugesagte Aufenthalt in einem Haus des Beschwerdeführers durchaus als eine versprochene Gegenleistung gesehen werden könne, auf Grund derer sie sich hätten verpflichtet fühlen können, ihm auf dessen Hinweis bei der Durchführung von Tätigkeiten an dessen Fahrzeugen zu helfen -, die sogenannte Freiwilligkeit der Erbringung der Arbeitsleistungen der Ausländer auch in diesem Lichte zu sehen. Bei dieser Sachlage habe der Beschwerdeführer die Beschäftigung der beiden Ausländer im Sinne des § 2 entgegen dem § 3 AuslBG zu verantworten, wobei die in Höhe der gesetzlichen Mindeststrafe verhängte Geldstrafe mangels Vorliegens der hiefür notwendigen Voraussetzungen keiner Herabsetzung im Wege der außerordentlichen Strafmilderung zugänglich gewesen sei.

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 Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG BGBl. Nr. 218/1975 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.

Gemäß § 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 Geldstrafen von EUR 1.000,-- bis zu EUR 5.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 2.000,-- bis zu EUR 10.000,--, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 2.000,-- bis zu EUR 10.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 4.000,-- bis zu EUR 25.000,--.

Für das Vorliegen einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ist nicht entscheidend, ob für die inkriminierte Verwendung mit dem Ausländer ausdrücklich ein Entgelt (allenfalls in einer bestimmten Höhe) vereinbart wurde oder eine solche Vereinbarung unterblieb, gilt im Zweifel doch ein angemessenes Entgelt als bedungen (vgl. § 1152 ABGB). Wurde die Höhe des Entgelts nicht festgelegt, so ist ein angemessener Lohn zu zahlen (vgl. auch § 29 AuslBG). Das Entgelt ist, wenn nichts vereinbart wurde, im nachhinein zu leisten (§ 1154 ABGB). Demnach ist Unentgeltlichkeit der Verwendung nicht schon bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten, sondern diese muss ausdrücklich und erwiesenermaßen - wenigstens nach den Umständen konkludent - mit dem Ausländer vereinbart worden sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2004/09/0019).

Als Gefälligkeitsdienste können nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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. Wesentlich ist in einem solchen Fall die Freiwilligkeit der Leistung (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 3. September 2002, Zl. 2001/09/0033, und vom 3. Juli 2000, Zl. 99/09/0037).

Der Beschwerdeführer hält den angefochtenen Bescheid deswegen für rechtswidrig, weil die belangte Behörde zu Unrecht in Widerspruch mit den Ergebnissen des Beweisverfahrens festgestellt habe, dass der Aufenthalt im Haus des Beschwerdeführers eine Gegenleistung dargestellt hätte, und sie aus dieser Feststellung darüber hinaus eine Verpflichtung zur Erbringung der gegenständlichen Tätigkeiten abgeleitet habe, wenn sie auch durch den Ausdruck "verpflichtet fühlen" diese Feststellung relativiere. Das Bestehen einer Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistungen müsse sowohl durch die Ergebnisse des Beweisverfahrens gedeckt feststellbar sein als auch nach objektiven Kriterien beurteilt werden. Die Unterstellung eines subjektiven Gefühls zur Verpflichtung wie etwa einer moralischen Verpflichtung reiche nicht dafür aus, ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des AuslBG zu begründen. Andernfalls müssten Freundschafts- und Gefälligkeitsdienste, denen allesamt das Kriterium einer gewissen moralischen Verpflichtung, Verpflichtung aus Freundschaftsgründen und Ähnlichem anhafte, dem AuslBG unterstellt werden. Den gegenständlichen Tätigkeiten sei keine andere Auslegung als die eines Gefälligkeitsdienstes beizumessen und zwar insbesondere dann, wenn man die Begleitumstände berücksichtige, womit sich die belangte Behörde aber nicht auseinander gesetzt habe. Diese habe zwar ein Bekanntschaftsverhältnis (statt eines Freundschaftsverhältnisses) festgestellt, nicht jedoch, dass die Arbeiten an zwei dem Beschwerdeführer gehörigen Pkws vorgenommen und in einem inhaltlich und zeitlich bloß geringfügigen Umfange durchgeführt worden seien. Weiters sei nicht festgestellt worden, dass die gegenständlichen Arbeiten im Hof des Privathauses des Beschwerdeführers ausgeführt worden seien, der keine Kfz-Werkstätte betreibe, sondern Architekt sei, wodurch bereits ihrer Natur nach kein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegen könne.

Diesen Ausführungen ist entgegen zu halten, dass die belangte Behörde die - nunmehr auch den Beschwerdeausführungen zugrunde gelegten - Darstellungen der Zeugen und des Beschwerdeführers aus den von ihr im angefochtenen Bescheid dargelegten Gründen als zur Annahme einer freiwilligen und unentgeltlichen Leistung nicht ausreichend erachtet hat, indem sie die Bezugspunkte zwischen den Ausländern und dem Beschwerdeführer relativierte und auf spezifische Fragen des PKW-Kaufs und des Hausbaus reduzierte. Auch wenn es zutrifft, dass bloß moralisch/ethisch begründete Verpflichtungen im Rahmen einer Freundschaft und/oder Verwandtschaft nicht schon die Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit ausschließen, kann im vorliegenden Fall nicht erkannt werden, dass der belangten Behörde bei dieser Einschätzung eine Rechtswidrigkeit unterlaufen wäre, zumal auch die in der Beschwerde

gerügten Feststellungsmängel nicht vorliegen. Vielmehr hat die belangte Behörde bereits zutreffend darauf verwiesen, dass die Annahme von dem AuslBG nicht unterworfenen unentgeltlichen und freiwilligen Freundschafts- und/oder Gefälligkeitsdiensten nur nach Berücksichtigung aller relevanten Umstände des konkreten Falles gerechtfertigt ist. Zu diesen Gesamtumständen gehört im Beschwerdefall aber auch die in der Beschwerde nicht bekämpfte Tatsache, dass die beiden Ausländer während der in Rede stehenden Tage ihrer Tätigkeiten für den Beschwerdeführer jedenfalls nicht bei diesem, was im Falle einer über eine bloße Bekanntschaft hinausgehende Freundschaft wohl nahe gelegen wäre, sondern bei Freunden in Wien bzw. sogar in ihrem Fahrzeug genächtigt haben. Dieser Umstand spricht auch nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes deutlich gegen eine spezifische Bindung im Sinne der obzitierten Judikatur. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2004, Zl. 2003/09/0078, dargelegt, dass die Annahme bloß mehrmaliger Kontakte allein für die Annahme eines besonderen Naheverhältnisses nicht ausreichen, wenn der Beschwerdeführer diese freundschaftlichen Bande zwischen ihm und dem(n) Ausländer(n) nicht näher konkretisiert.

Nicht entscheidungswesentlich ist die vom Beschwerdeführer vermisste Feststellung, er betreibe keine KFZ-Werkstätte, die Leistungen der Ausländer seien also nicht in einem Gewerbebetrieb erbracht worden. Die Judikatur hat keinen Zweifel daran gelassen, dass Übertretungen des AuslBG auch durch Privatpersonen begangen werden können; im Falle der Erbringung von Leistungen durch Ausländer in einem Gewerbebetrieb aber Bedenken angebracht sind, ohne konkrete Hinweise deren Unentgeltlichkeit anzunehmen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 3. November 2004, Zl. 2004/18/0037).

Die ferner vom Beschwerdeführer vermisste Feststellung, es habe sich bei den Fahrzeugen, an denen die Ausländer Arbeiten durchgeführt hatten, um sein Eigentum gehandelt, wurde von der belangten Behörde ihrer rechtlichen Beurteilung ohnedies zugrunde gelegt.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

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

Wien, am 23. November 2005

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VwGH:2005:2004090176.X00

#### **Im RIS seit**

19.12.2005

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

© 2026 JUSLINE

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

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