

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/11/23 2004/09/0197

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.11.2005

## Index

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

## Norm

AusIBG §2 Abs2;  
AusIBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2002/I/160;  
AusIBG §28 Abs7;  
AusIBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;  
VStG §9;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2004/09/0199 2004/09/0200

## 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 Beschwerden 1. des N in F, 2. des L in D und 3. des M in D, alle vertreten durch Dr. Ralph Vetter und Dr. Andreas Fritsch, Rechtsanwälte in 6890 Lustenau, Reichshofstraße 11, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Vorarlberg, jeweils vom 5. Oktober 2004, Zlen. UVS-1-549/K2-2004 (betreffend den Erstbeschwerdeführer, protokolliert zur hg. Zl. 2004/09/0197), UVS-1-493/K2-2004 (betreffend den Zweitbeschwerdeführer, protokolliert zur hg. Zl. 2004/09/0199), UVS-1-231/K2-2004 (betreffend den Drittbeschwerdeführer, protokolliert zur hg. Zl. 2004/09/0200), wegen Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit und Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

Mit den im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG ergangenen - weitgehend wortgleichen - Bescheiden der belangten Behörde vom 5. Oktober 2004 wurden die Beschwerdeführer als handelsrechtliche Geschäftsführer und damit gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organe der "R"

Gaststättenbetriebs GmbH in D für schuldig erkannt, sie hätten es zu verantworten, dass eine namentlich bezeichnete bulgarische Staatsangehörige am 22. Oktober 2003 im "R" als Putzfrau beschäftigt worden sei, obwohl dieser Gesellschaft hiefür die erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen nicht erteilt worden seien bzw. die Ausländerin auch die erforderlichen Berechtigungen nicht besessen hätte. Sie hätten dadurch Übertretungen des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 AuslBG zu verantworten und seien jeweils mit einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.500,-- (im Nichteinbringungsfall 24 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) zu bestrafen gewesen.

Die belangte Behörde ging nach Durchführung einer gemeinsamen öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung davon aus, alle drei Beschwerdeführer seien handelsrechtliche Geschäftsführer der Firma "R" Gaststättenbetriebs-GesmbH in D. Diese Gesellschaft betreibe an einer näher bezeichneten Adresse das Restaurant "R". In diesem Betrieb sei am 22. Oktober 2003 um 9.15 Uhr die namentliche bezeichnete bulgarische Staatsangehörige als Putzfrau beschäftigt gewesen. Für diese Tätigkeit sei weder eine Beschäftigungsbewilligung noch eine Zulassung als Schlüsselkraft, eine Entsendebewilligung oder eine Anzeigebestätigung erteilt bzw. ausgestellt gewesen, noch habe die Ausländerin eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis, einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besessen. Rechtlich ging die belangte Behörde nach Darstellung der Rechtslage davon aus, durch die Tätigkeit der Ausländerin im Betrieb der von den Beschwerdeführern vertretenen GmbH sei ein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entstanden. Bei Tätigkeit im Rahmen eines Gewerbebetriebes sei nämlich im Zweifel Entgeltlichkeit anzunehmen. Eine ausdrückliche Vereinbarung der Unentgeltlichkeit sei nicht behauptet worden. An einer Bewilligungspflicht nach dem AuslBG würde auch die Tatsache nichts ändern, dass die Ausländerin - wie dies in den Verantwortungen der Beschuldigten ausgeführt worden sei - nur zur Probe beschäftigt worden wäre. Auf das - wortgleiche - Vorbringen der Beschwerdeführer, die Ausländerin habe beim Vorstellungsgespräch behauptet, griechische Staatsbürgerin und damit EU-Angehörige und aus diesem Grunde von der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG befreit zu sein, sei zu entgegnen, dass ein Verschulden der Beschwerdeführer darin gesehen werde, dass sie die betretene Ausländerin, wenn auch nur für einige Stunden, beschäftigt hätten, ohne sich zuvor durch Einsichtnahme in den Reisepass von der Richtigkeit ihrer Angaben zu überzeugen. Dadurch, dass sie diese Kontrolle unterlassen hätten, hätten sie auffallend sorglos gehandelt.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diese Bescheide richten sich die - ebenfalls wortgleichen - Beschwerden aus den Gründen der Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde erstattete Gegenschriften, in denen sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragte, und legte die Verwaltungsakten vor.

Die Beschwerdeführer brachten dagegen jeweils Gegenäußerungen ein.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Verbindung der Rechtssachen zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung wegen ihres tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhangs erwogen:

In den Beschwerden wird zunächst unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit übereinstimmend geltend gemacht, die belangte Behörde habe es unberücksichtigt gelassen, dass die betretene Ausländerin am Tattag lediglich probeweise hätte putzen sollen und eine Vereinbarung eines Entgeltes nicht erfolgt sei. Zweck der Wiederbestellung der betretenen Ausländerin (Anm.: die sich am vorangegangenen Tag bei den Beschwerdeführern vorgestellt hatte) für jenen Tag, an welchem sie betreten worden sei, sei die Prüfung ihrer Papiere und Entscheidung über ein Dienstverhältnis gewesen. Auch bedürfe es keiner ausdrücklichen Vereinbarung der Unentgeltlichkeit, weil ein Arbeitsverhältnis eben noch nicht vorgelegen sei. Die Prüfung der Fähigkeiten sei ein normaler Vorgang vor Anstellungen. Auch habe die belangte Behörde den Beschwerdeführern zu Unrecht grobe Fahrlässigkeit ("auffallende Sorglosigkeit") vorgeworfen, habe die betretene Ausländerin ihnen gegenüber doch angegeben, griechische Staatsbürgerin und somit EU-Angehörige zu sein. Die Sinnhaftigkeit eines derartigen Vorgehens sei für sie auch unklar gewesen, erst durch die Angaben der Ausländerin vor der Gendarmerie, sie habe sich nur etwas Geld verdienen wollen, um etwas zu essen zu kaufen, mache das Vorgehen der Ausländerin nachvollziehbar. Unter diesen Umständen könne von auffallender Sorglosigkeit nicht die Rede sein. Im Übrigen seien auch die verhängten Strafen mit einer Überschreitung der Mindeststrafe um 50 % nicht nachvollziehbar und zu hoch bemessen.

Unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Verfahrensvorschriften machen die Beschwerdeführer - über das Vorbringen zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides hinausgehend - geltend, die Behörde habe

es unterlassen, den Fremdenakt betreffend die betretene Ausländerin einzuholen, aus welchem sich ergeben hätte, dass diese über eine Arbeitsbewilligung verfüge. Das vernommene Kontrollorgan habe in der Berufungsverhandlung lediglich angegeben, dass die Ausländerin keine Arbeitsbewilligung auf Nachfrage habe vorlegen können. Dies schließe jedoch nicht aus, dass sie über eine solche tatsächlich verfüge. Es sei daher unrichtig, wenn die belangte Behörde festgestellt habe, dass unwidersprochen feststehe, dass die Ausländerin ohne Bewilligung Arbeiten im Lokal durchgeführt habe. Auch die Beschwerdeführer hätten nichts dazu angeben können, ob die betretene Ausländerin die erforderlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen besessen hätte. Auch sei nicht bedacht worden, ob die betretene Ausländerin "z.B. durch Heirat mit einem österreichischen Staatsbürger nicht in den Anwendungsbereich des AusIBG fällt". Bei entsprechenden Beweisaufnahmen wären die Beschwerdeführer zumindest im Zweifel freizusprechen gewesen.

Gemäß § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AusIBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der in den Beschwerdefällen anzuwendenden Fassung, BGBl. I Nr. 126/2002, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Gesetz 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 § 2 Abs. 2 AusIBG gilt als Beschäftigung (u.a.) die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) bis e) .... .

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AusIBG 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 dem § 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.

Nach § 28 Abs. 7 AusIBG ist, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne Weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Insoweit die Beschwerdeführer erstmals in der Beschwerde die Möglichkeit in Erwägung ziehen, die betretene Ausländerin habe die erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Papiere tatsächlich besessen bzw. sei mit einem Österreicher verheiratet und unterfalle nicht dem Reglement des AusIBG, hatte der Verwaltungsgerichtshof auf dieses Vorbringen nicht einzugehen, weil es sich dabei um neues Vorbringen handelt, welches nicht Gegenstand des Verwaltungsverfahrens gewesen war und welches gemäß § 41 Abs. 1 VwGG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Berücksichtigung mehr finden kann.

Im Übrigen sind die Beschwerdeführer auch mit ihrer Rechtsansicht, allenfalls probeweise Anstellungen von ausländischen Arbeitskräften bedürften grundsätzlich keiner arbeitsmarktbehördlichen Bewilligung, im Irrtum. Das Ausländerbeschäftigungsgesetz kennt den Ausnahmetatbestand des Probearbeitsverhältnisses nicht. Vielmehr umschreibt § 2 Abs. 2 AusIBG, welche Tätigkeiten als - dem AusIBG unterworfenen - Beschäftigung zu gelten haben. Geht

die Tätigkeit des betretenen Ausländers über ein bloßes Vorführen von Kenntnissen und Fähigkeiten - vor Aufnahme der Beschäftigung - hinaus und ist sie mit einem Anspruch auf Entlohnung verbunden, so kommt der Behauptung, dass die "endgültige" Beschäftigung vorbehalten worden sei, keine Bedeutung zu (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 27. Juli 1994, Zl. 94/09/0088). Dass mit der betretenen Ausländerin im Beschwerdefall Unentgeltlichkeit ihrer "Vorführung" vereinbart worden sei, hat das Beweisverfahren nicht ergeben. Auch haben die Beschwerdeführer nicht behauptet bzw. auch nicht nachgewiesen, dass sie mit der verwendeten (arbeitend angetroffenen) Ausländerin ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart hätten. Wie schon die belangte Behörde zutreffend ausgeführt hat, schadet es in diesem Falle nicht, wenn eine Vereinbarung über die 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. Ob die Beschwerdeführer ein der verwendeten Ausländerin demnach zustehendes Entgelt (vgl. auch § 29 AuslBG) in angemessener Höhe (schon) geleistet haben oder nicht, braucht nicht untersucht zu werden, bedeutet aber auch jedenfalls nicht, dass die verwendete Ausländerin unentgeltlich verwendet bzw. nicht beschäftigt worden sei (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2001/09/0123). Der behauptete Feststellungsmangel liegt daher nicht vor.

Die Beschwerdeführer lassen auch unberücksichtigt, dass die betretene Ausländerin in dem Lokal arbeitend angetroffen war, noch bevor dieses der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde (Betretung um 9.15, Öffnung des Lokals um 10.00 Uhr), und sie dieses mit einem ihr anvertrauten Schlüssel betreten hatte. Im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 28 Abs. 7 AuslBG ergibt sich allein schon aus diesem Umstand, dass die belangte Behörde ohne das Gesetz zu verletzen zum Ergebnis gelangen durfte, dass die Beschwerdeführer die betretene Ausländerin am Tattag unberechtigt beschäftigt haben, weil sie jedenfalls nicht glaubhaft machen konnten, dass eine unberechtigte Beschäftigung der in den Betriebsräumen ihres Restaurants angetroffenen Ausländerin nicht vorliege.

Insoweit sich die Beschwerdeführer auf ein mangelndes Verschulden berufen, weil die Ausländerin ihnen gegenüber eine unrichtige Staatsangehörigkeit angegeben habe, um sich die Arbeit zu "erschleichen", wird auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG verwiesen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anders bestimmt. Dabei ist Fahrlässigkeit bei Zu widerhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes ohne Weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sogenannte "Ungehorsamsdelikte"). Da es sich bei der Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt handelt, da zum Tatbestand der den Beschwerdeführern zur Last gelegten Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0102), besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Die Beschwerdeführer haben im Verwaltungsverfahren aber Behauptungen zur Widerlegung der gesetzlichen Schuldvermutung gar nicht aufgestellt. Die belangte Behörde kam daher ohne Rechtswidrigkeit zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführer in dem ihnen vorgeworfenen Fall schuldhaft (in Form der Fahrlässigkeit) gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen haben. Im Übrigen hätte es auch keinen Sinn ergeben, ausgehend von der Darstellung der Beschwerdeführer, die "Papiere" der betretenen Ausländerin nach erfolgter Erläuterung der ihr aufgetragenen Arbeit zu verlangen, hat sich ein Arbeitgeber doch von der Zulässigkeit der Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich vor Arbeitsantritt zu überzeugen (vgl. zur Frage des Ungehorsamsdeliktes das hg. Erkenntnis vom 4. September 2003, Zl. 2003/09/0005, zur Frage des Arbeitsbeginns vor Prüfung der arbeitsmarktbehördlichen Papiere, vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2001/09/0150).

Auch in der Bemessung der den Beschwerdeführern auferlegten Strafe kann der Verwaltungsgerichtshof keine Rechtswidrigkeit erkennen, zumal die Strafen im unteren Bereich des bis 5.000 EUR reichenden Strafrahmens ausgemessen wurden.

Insgesamt erweisen sich daher die Beschwerden als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen waren.

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 23. November 2005

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2004090197.X00

**Im RIS seit**

15.12.2005

**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)