

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/11/3 2004/18/0037

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.11.2004

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
41/02 Passrecht Fremdenrecht;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1151;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;  
AuslBG §28 Abs7;  
AVG §13a;  
AVG §59 Abs1;  
AVG §64 Abs2;  
FrG 1997 §36 Abs1;  
FrG 1997 §36 Abs2 Z8;  
FrG 1997 §36 Abs4;  
FrG 1997 §37;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zeizinger und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Handstanger, Dr. Enzenhofer und Dr. Strohmayer, im Beisein des Schriftführers Mag. Stummer, über die Beschwerde der D, (geboren 1975), vertreten durch Dr. Carl Benkhofer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Biberstraße 26, gegen den Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Wien vom 1. Dezember 2003, Zl. SD 464/03, betreffend Erlassung eines befristeten Aufenthaltsverbots, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

I.

1. Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Wien (der belangten

Behörde) vom 1. Dezember 2003 wurde gegen die Beschwerdeführerin, eine slowakische Staatsangehörige, gemäß § 36 Abs. 1 iVm Abs. 2 Z. 8 iVm Abs. 4 des Fremdenengesetzes 1997 - FrG, BGBl. I Nr. 75, ein Aufenthaltsverbot für die Dauer von fünf Jahren erlassen. Ferner wurde mit dem angefochtenen Bescheid der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gemäß § 64 Abs. 2 AVG durch die Erstbehörde bestätigt.

Die Beschwerdeführerin sei am 10. Mai 2003 von Kriminalbeamten in einem Lokal in Wien 10., dabei betreten worden, wie sie hinter der Bar Aschenbecher gereinigt habe, einen gereinigten Aschenbecher zu einem Tisch gebracht habe, und sich schließlich wieder hinter die Bar begeben habe. Sie sei jedoch weder im Besitz eines Aufenthaltstitels noch einer Bewilligung nach dem AuslBG gewesen. Bei der Kontrolle ihres Reisepasses, den die Beschwerdeführerin in einer nahe gelegenen Wohnung deponiert hätte, sei weiters hervorgetreten, dass sie an ihrer Wohnanschrift polizeilich nicht gemeldet gewesen sei. Über Anfrage sei vom Hauptzollamt Wien bestätigt worden, dass die Beschwerdeführerin für die von ihr ausgeübte Tätigkeit einer Bewilligung nach dem AuslBG bedurft hätte.

Im Verfahren vor der Erstbehörde habe die Beschwerdeführerin jegliche Auskünfte zu der ihr vorgehaltenen Schwarzarbeit verweigert, weil sie ohne ihren Anwalt keine Aussagen habe machen wollen.

In ihrer Berufung gegen den Erstbescheid habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, mit einer Frau G. im besagten Lokal lediglich einen Kaffee getrunken zu haben, jedoch weder einen Aschenbecher gereinigt noch sich hinter die Theke begeben zu haben. Die Kellnerin des Lokals hätte sich - um etwas zu holen - "einen Sprung entfernt" und Frau G. ersucht, sie kurz zu vertreten. Die in der polizeilichen Meldung beschriebene Kleidung der Beschwerdeführerin, die sie getragen haben sollte, würde mit ihrer tatsächlich getragenen Kleidung nicht übereinstimmen, sie hätte keine rosafarbige Bluse getragen, sondern wäre mit ausgefransten Jeans bekleidet gewesen. Da sie der deutschen Sprache nicht mächtig wäre, wäre eine Bedienung von Kaffeehausgästen gar nicht möglich gewesen.

Diesem Vorbringen habe keine Glaubwürdigkeit beigemessen werden können. Tatsache und von der Beschwerdeführerin unbestritten sei, dass während der gesamten Dauer der polizeilichen Amtshandlung die (namentlich genannte) tatsächliche Kellnerin des betreffenden Lokales nicht anwesend gewesen sei. Hingegen sei die Beschwerdeführerin von Polizeibeamten bei der oben angegebenen Tätigkeit beobachtet bzw. betreten worden. Wenn die Beschwerdeführerin diese dienstlichen Wahrnehmungen der Polizeibeamten in Abrede stelle, so könne das lediglich als Schutzbehauptung gewertet werden, um dem drohenden Aufenthaltsverbot zu entgehen. Es sei nämlich kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum amtshandelnde Polizeiorgane eine ihnen unbekannte Fremde wahrheitswidrig belasten sollten. Hingegen habe die Beschwerdeführerin ein großes persönliches Interesse, den Sachverhalt in einem für sie günstigen Licht darzustellen. Weiters sei es mit den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht in Einklang zu bringen, dass eine Kellnerin eines Lokales die vorübergehende Führung desselben an einen im Lokal anwesenden Gast (Frau G.) übergebe, weil sie sich etwas holen müsste. Die geringe Nachvollziehbarkeit dieser Behauptung sei im Ergebnis jedoch nicht entscheidungsrelevant, da letztlich dahingestellt bleiben könne, aus welchem Grund die Bekannte der Beschwerdeführerin im genannten Lokal anwesend gewesen sei und was sie dort getan habe. Maßgeblich sei vielmehr, dass es die belangte Behörde als erwiesen ansehe, dass die Beschwerdeführerin - entsprechend den polizeilichen Wahrnehmungen - hinter der Bar Aschenbecher gereinigt, einen zu einem Tisch gebracht und sich anschließend wieder hinter die Bar begeben habe. Ein solches Verhalten werde üblicherweise vom Personal, nicht jedoch von Gästen eines Lokales - selbst wenn es gute Bekannte des Lokalinhabers wären - gesetzt. Dass die Beschwerdeführerin zur Bedienung von Gästen nicht hinreichend Deutsch sprechen würde, ändere daran nichts, weil eine Bedienung von Gästen der Beschwerdeführerin nicht angelastet worden sei. Ebenso wenig vermöge die Behauptung, der Lokalinhaber wäre ein sehr guter Bekannter, an der Rechtswidrigkeit der Beschäftigung der Beschwerdeführerin Zweifel entstehen lassen, weil damit nicht dargetan werde, dass es sich um ein nicht den Bestimmungen des AuslBG unterliegendes Beschäftigungsverhältnis gehandelt hätte.

Solcherart sei die belangte Behörde insgesamt zu der Überzeugung gelangt, dass der im § 36 Abs. 2 Z. 8 iVm Abs. 4 FrG normierte Sachverhalt verwirklicht sei. Die Voraussetzungen zur Erlassung des Aufenthaltsverbotes seien daher - vorbehaltlich der Bestimmungen der §§ 37 und 38 FrG - im Grund des § 36 Abs. 1 leg. cit. gegeben gewesen.

Auf die geltend gemachten Beweisanträge bezüglich Einvernahme namentlich genannter Personen sei nicht näher einzugehen. Zum einen sei nicht erkennbar, in welchem Zusammenhang sie mit dem gegenständlichen Verfahren stünden und worüber diese zeugenschaftlich Auskunft hätten geben können. Zum anderen sei aktenkundig, dass diese während der polizeilichen Amtshandlung gar nicht anwesend gewesen seien, sohin zum maßgeblichen Sachverhalt

nichts aussagen könnten, zumal auch die Beschwerdeführerin nicht dargelegt habe, zu welchem Beweisthema diese Personen einzuvernehmen wären. Die rechtliche Würdigung eines Sachverhaltes, ob nun Schwarzarbeit vorliege oder nicht, stünde einem Zeugen ohnedies nicht zu.

Die Beschwerdeführerin sei nach der Aktenlage verheiratet und für ein Kind sorgepflichtig, ihre Familie lebe in ihrem Heimatland. Familiäre Bindungen zu Österreich bestünden nicht. Angesichts dieser Umstände und des erst kurzen Aufenthalts der Beschwerdeführerin in Österreich sei von einem mit dem Aufenthaltsverbot verbundenen Eingriff in ihr Privat- oder Familienleben nicht auszugehen. Es sei daher weder zu überprüfen, ob die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes zur Erreichung der im Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten sei, noch eine Interessenabwägung im Sinn des § 37 Abs. 2 FrG durchzuführen.

Ein Sachverhalt gemäß § 38 FrG sei nicht gegeben gewesen. Mangels sonstiger, besonders zu Gunsten der Beschwerdeführerin sprechender Umstände habe die belangte Behörde keine Veranlassung gesehen, von der Erlassung des Aufenthaltsverbots im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens Abstand zu nehmen.

Was die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltsverbotes betreffe, so erscheine die von der Erstbehörde vorgenommene Befristung auch nach Auffassung der belangten Behörde gerechtfertigt. Im Hinblick auf das dargelegte Gesamt(fehl)verhalten der Beschwerdeführerin könne auch unter Bedachtnahme auf ihre private Lebenssituation vor Ablauf dieser Frist nicht erwartet werden, dass die für die Erlassung des Aufenthaltsverbots maßgeblichen Gründe weggefallen sein würden.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Als Beschwerdepunkt wird geltend gemacht, dass die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid "in den gesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gewährung von Aufenthalt in Österreich nach den Bestimmungen des Fremdengesetzes idgF verletzt" worden sei.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt ausgesprochen, dass der Abspruch über den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Berufung im Grund des § 64 Abs. 2 AVG einen von dem die Hauptsache betreffenden Ausspruch zu unterscheidenden (trennbaren) selbstständigen Abspruch im Sinn des § 59 Abs. 1 AVG darstellt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 17. Februar 2000, Zl. 97/18/0564). Von daher bekämpft die Beschwerde auf dem Boden des oben I.2. wiedergegebenen Beschwerdepunktes nicht die mit dem angefochtenen Bescheid (auch) erfolgte Bestätigung des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung einer Berufung gemäß § 64 Abs. 2 AVG.

2.1. Nach dem Vorbringen der Beschwerde sei die Beschwerdeführerin am 7. Mai 2003 nach Österreich eingereist, um ihre Freunde zu besuchen. Am Abend des 9. Mai 2003 habe sie sich in dem besagten Lokal befunden, um mit Frau G. einen Kaffee zu trinken. Die Beschwerdeführerin habe weder einen Aschenbecher gereinigt, noch sich hinter die Theke begeben. Ferner würde die im bekämpften Bescheid beschriebene Kleidung, die die Beschwerdeführerin getragen haben soll, mit ihrer damals tatsächlich getragenen Kleidung nicht übereinstimmen. Sie hätte keine rosafarbige Bluse getragen, sie wäre mit ausgefransten Jeans bekleidet gewesen. Sie habe gewusst, dass der Inhaber des Lokals stets auf "elegante Kleidung des Servierpersonals" Wert legte. Die Beschwerdeführerin habe keine Kellnerbrieftasche getragen und sei der deutschen Sprache nicht mächtig, weshalb eine Bedienung von Kaffeehausgästen gar nicht möglich gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin habe sich bei der eingangs genannten Kontrolle in dem Lokal als Gast aufgehalten und sei dort keiner Beschäftigung nach dem AuslBG nachgegangen. In ihrer Berufung habe die Beschwerdeführerin sehr wohl dargetan, dass es sich um ein nicht den Bestimmungen des AuslBG unterliegendes Beschäftigungsverhältnis gehandelt habe, weil die Beschwerdeführerin in keinem Abhängigkeits- und Weisungsverhältnis zum Lokalinhaber stehe, sondern "vielmehr mit ihm sehr gut bekannt ist". Es würde keine Entgeltsbeziehung vorliegen, weshalb die Beschwerdeführerin den Standpunkt vertreten habe, dass selbst unter Zugrundelegung der Feststellungen des Erstbescheids keine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegen würde. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fielen nämlich Gefälligkeitsdienste nicht unter die bewilligungspflichtigen Beschäftigungen des AuslBG. Im angefochtenen Bescheid würde auch die Mitteilung des

Hauptzollamtes bloß referiert, ohne dass auf die Umstände des Einzelfalles eingegangen würde. Die Beschwerdeführerin habe daher den Tatbestand des § 36 Abs. 2 Z. 8 iVm Abs. 4 FrG nicht verwirklicht. Ferner habe die Beschwerdeführerin (was näher dargelegt wird) nicht gegen das Meldegesetz verstoßen.

2.2.1. Dieses Vorbringen ist nicht zielführend. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das Erkenntnis vom 15. Juni 2004, Zl. 2003/18/0007, mwH) fallen Gefälligkeitsdienste nicht unter die bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinn des AuslBG. Als Gefälligkeitsdienste können kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsberechtigten erbracht werden. Der Übergang von Gefälligkeitsdienst zu kurzfristiger Beschäftigung im Sinn des AuslBG ist fließend. Es ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können. So rechtfertigt etwa der Umstand der stundenweisen Aushilfe (in der Landwirtschaft und im Gastbetrieb) eines Ausländers, der bei einem Arbeitgeber freies Quartier und freie Kost hat, für sich allein nicht die Annahme einer Beschäftigung im Sinn des AuslBG. Auch die Mithilfe eines Dauergastes im Haushalt oder die Dienste eines Flüchtlings für Quartier und Kost können Gefälligkeitsdienste darstellen. Die Mithilfe eines Landsmannes oder die Dienste für eine ihm geleistete Gefälligkeit können Gefälligkeitsdienste darstellen. Bedenken sind dort angebracht, wo die Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb erfolgen soll. Wesentlich ist in einem solchen Fall die Freiwilligkeit der Leistung, wobei Freiwilligkeit in diesem Zusammenhang dann anzunehmen ist, wenn nicht versteckter oder offener Zwang vorliegt. Auf dem Boden dieser Rechtslage versagt das Vorbringen, die Beschwerdeführerin hätte dem Lokalinhaber aus reiner Gefälligkeit ausgeholfen, schon deshalb, weil sie mit dem Vorbringen in ihrer Berufung gegen den Erstbescheid, dass der Lokalinhaber "ein sehr guter Bekannter" von ihr sei, im Verwaltungsverfahren nicht aufgezeigt hat, inwiefern diese behauptete Bekanntschaft eine spezifische Bindung zwischen ihr und dem Lokalinhaber begründen würde, die nach dem Gesagten für die Beurteilung, dass bloß ein Gefälligkeitsdienst vorgelegen sei, vorausgesetzt wird.

Ferner kann im Rahmen der dem Verwaltungsgerichtshof bezüglich der Beweismwürdigung zukommenden Kontrolle (vgl. zur diesbezüglichen Prüfungsbefugnis insbesondere das Erkenntnis eines verstärkten Senats vom 5. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053) der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, wenn sie den (in der Beschwerde wiederholten) Angaben der Beschwerdeführerin in ihrer Berufung gegen den Erstbescheid, sie hätte die im angefochtenen Bescheid genannten Tätigkeiten in dem in Rede stehenden Lokal nicht vorgenommen, keinen Glauben schenkte. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin ist zunächst entgegen zu halten, dass die belangte Behörde in der von ihr vorgenommenen Beweismwürdigung nicht ausführte, dass die Beschwerdeführerin bei der in Rede stehenden Kontrolle auf eine bestimmte Art gekleidet gewesen wäre, und sich weiters ohnedies aus den vorgelegten Verwaltungsakten (Blatt 23) ergibt, dass sie bei der Kontrolle mit einer kniehohen Jeanshose bekleidet gewesen sei. Ferner war die der Beschwerdeführerin zur Last gelegte Tätigkeit nicht von einer Art, dass dazu hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache oder eine Kellnerbrieftasche erforderlich gewesen wären. Dass der Lokalinhaber stets auf elegante Kleidung des Servierpersonals Wert lege, bringt die Beschwerdeführerin erstmals in der Beschwerde vor, weshalb es sich dabei um eine unbeachtliche Neuerung handelt (vgl. § 41 Abs. 1 VwGG). Was die Mitteilung des Hauptzollamtes betrifft, so ist diese nach Ausweis der Verwaltungsakten auf der Grundlage der Anhaltemeldung erstellt worden, in der (wie erwähnt) die sich bei der Kontrolle ergebenden Umstände festgehalten wurden. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass in dieser Anhaltemeldung die Umstände anders als von den im bekämpften Bescheid angesprochenen Kriminalbeamten wahrgenommen dargestellt würden und diese Anhaltemeldung von daher nicht glaubwürdig wäre, werden weder von der Beschwerde vorgebracht noch finden sich solche im angefochtenen Bescheid im Zusammenhalt mit den Verwaltungsakten.

Dem Hinweis betreffend einen Verstoß gegen das Meldegesetz ist schließlich entgegenzuhalten, dass die belangte Behörde der Beschwerdeführerin einen solchen Verstoß nicht als Fehlverhalten angelastet hat.

2.2.2. Nach dem Gesagten ist der Tatbestand des § 36 Abs. 2 Z. 8 iVm § 36 Abs. 4 FrG als erfüllt anzusehen. Im Hinblick auf das große öffentliche Interesse an der Verhinderung von entgegen den Regelungen des AuslBG erbrachter Arbeit ("Schwarzarbeit", vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 27. April 2004, Zl. 2004/18/0099, mwH) kann es überdies nicht als rechtswidrig angesehen werden, wenn die belangte Behörde im Beschwerdefall auch die im § 36 Abs. 1 FrG umschriebene Annahme für gerechtfertigt erachtet hat.

3. Der Verfahrensrüge der Beschwerdeführerin, dass eine vor der Erstbehörde vor der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheids aufgenommene Niederschrift nicht ihrem Rechtsvertreter zugestellt und dadurch ihr Recht auf

Parteienghör verletzt worden sei, ist zu entgegnen, dass die Beschwerdeführerin jedenfalls in der Berufung Gelegenheit hatte, dazu Stellung zu nehmen. Da die Beschwerdeführerin nach Ausweis der Verwaltungsakten im Berufungsverfahren von einem berufsmäßigen Parteienvertreter vertreten war, geht ferner ihre Rüge fehl, die belangte Behörde habe ihr nicht Rechtsbelehrung gemäß § 13a AVG über die Möglichkeit der Stellung von Beweisanträgen erteilt. Wenn die Beschwerdeführerin darauf hinweist, sie habe Beweisanträge dazu gestellt, dass sie weder zum Zeitpunkt der besagten Kontrolle noch "überhaupt" einer Beschäftigung im Sinn des AuslBG nachgegangen, sondern nur nach Österreich gekommen sei, um sich mit Freunden zu treffen, und der besagte Lokalinhaber ein sehr guter Bekannter von ihr sei, und sie dazu ihre Einvernahme in Anwesenheit ihres Rechtsvertreters beantragt habe, so erweist sich dieses Vorbringen auf dem Boden des oben 2.2.1. Gesagten als nicht zielführend.

4. Die von der Beschwerde nicht bekämpfte Beurteilung im Grund des § 37 FrG, wonach die vorliegende fremdenpolizeiliche Maßnahme auf Grund des kurzen Aufenthalts der Beschwerdeführerin in Österreich keinen relevanten Eingriff in persönliche Interessen der Beschwerdeführerin bewirke, ist unbedenklich, hat sich doch die Beschwerdeführerin nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen nur ganz kurz (nämlich für die Dauer von weniger als sechseinhalb Monaten) in Österreich aufgehalten.

5. Da dem angefochtenen Bescheid die behauptete Rechtswidrigkeit nicht anhaftet, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

6. Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 3. November 2004

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2004180037.X00

**Im RIS seit**

07.12.2004

**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)