jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2004/6/3 2002/09/0198

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 03.06.2004

Index

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

Norm

ABGB §1151;
AuslBG §2 Abs2 lita;
AuslBG §2 Abs2 litb;
AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §2 Abs3;
AuslBG §2 Abs4;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;
AuslBG §29;
AuslBG §3 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des Ing. M in W, vertreten durch Dr. Johann Gelbmann, Rechtsanwalt in 1140 Wien, Penzingerstraße 53/8, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 18. September 2002, Zl. UVS- 07/A/52/55/1999-13, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Parteien Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich des Schuld- und Strafausspruches betreffend die zu den Punkten 1., 3. und 4. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses genannten Ausländerinnen wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Im Übrigen - das heißt hinsichtlich des Schuld- und Strafausspruches betreffend die zu Pkt. 2. genannte Ausländerin - wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen

Bescheid der belangten Behörde vom 18. September 2002 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der K GmbH mit Sitz in W, U-Platz 5, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 21. Mai 1997 die slowakischen Staatsangehörigen 1. S G. und 2. A I. als Animierdamen und Tänzerinnen sowie am 27. Mai 1997 die slowakischen Staatsangehörigen 3. I S. als Aushilfskellnerin und

4. E U. als Animierdame im Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart einer Bar in W, ("M Club") entgegen dem§ 3 AuslBG beschäftigt habe, obwohl für diese Personen weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt worden sei; er habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt und sei hierfür mit vier Geldstrafen in der Höhe von jeweils S 30.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen in der Dauer von jeweils 5 Tagen) nach dem dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG zu bestrafen gewesen.

Die belangte Behörde ging auf Grund der Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung davon aus, die Ausländerinnen seien, in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur genannten Gesellschaft stehend, für diese als Animierdamen und Tänzerinnen (die zu Punkten 1. und 2. genannten Ausländerinnen), als Animierdame (die zu Pkt. 4. Genannte) bzw. als Aushilfskellnerin (die zu Pkt. 3. Genannte) tätig gewesen. Die zu Pkt. 1., 2. und 4. genannten Ausländerinnen seien nur mit Unterwäsche bekleidet (String-Tanga bzw. Höschen und BH bzw. Stringbody und Stöckelschuhen) im Lokal angetroffen worden und hätten ihre Straßenkleidung und ihre Dokumente in einem separaten Raum aufbewahrt. Die mit Jeans und Bluse bekleidete zu Pkt. 3. Genannte sei als Aushilfskellnerin für die vom Beschwerdeführer vertretene Gesellschaft tätig gewesen.

Die rechtfertigenden Darstellungen der betretenen Ausländerinnen, des Geschäftsführers des Lokals, E. D., sowie des Beschwerdeführers gingen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens an der Realität vorbei und seien nicht glaubhaft.

Dass das Lokal tatsächlich von E. D. geführt werde, ändere nichts an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers. Die Animiertätigkeit der Ausländerinnen sei im Hinblick auf die höchstgerichtliche Judikatur als der Bewilligungspflicht des AuslBG unterliegend zu qualifizieren gewesen. Daran ändere nichts, dass kein konkretes Ergebnis vorliege, auf welche Weise die Ausländerinnen entlohnt worden seien, zumal eine Entlohnung nicht unbedingt in Geld erfolgen müsse. Hinsichtlich der zu Pkt. 3. Genannten seien die ihr zugekommenen, über das durchschnittliche Maß hinausgehenden "Annehmlichkeiten" (gemeinsame Urlaubsreise auf die Malediven) als Ersatz für ihre Arbeitsleistung zu qualifizieren gewesen.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

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

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, nahm jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In Ausführung der Berufung macht der Beschwerdeführer - wie schon im Verwaltungsstrafverfahren - geltend, nicht er sei strafrechtlich verantwortlich, sondern der "verantwortliche Geschäftsführer für dieses Lokal", E. D.

Zu Unrecht habe die belangte Behörde die "freundschaftsweise erbrachte" kurzfristige Aushilfstätigkeit der zu Pkt. 2. genannten Ausländerin als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG qualifiziert, welche - wenn sie schon vorgelegen sei - jedenfalls nicht ihm zuzurechnen gewesen sei.

Zu Unrecht seien auch die Tätigkeiten der anderen Ausländerinnen als Tänzerinnen als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG qualifiziert worden.

Die im vorliegenden Fall anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, i. d.F. BGBl. Nr. 201/1996 lauten:

"§ 2. ...

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

a) in einem Arbeitsverhältnis,

b) in einem arbeitnehmerähnlichen 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 Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988."

...

"(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend."

...

"§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt."

...

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer

a) entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde,

...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafen 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, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20.000 S bis zu 120.000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40.000 S bis zu 240.000 S."

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 14. November 2002, Zl. 2001/09/0103, unter Verweis auf Vorerkenntnisse ausgeführt, dass der Begriff "Beschäftigung" im AuslBG - § 2 Abs. 2 und Abs. 3 AuslBG folgend - nicht nur Arbeitsvertragsverhältnisse umfasst und unter Arbeitgeber nicht nur der Vertragspartner eines (schriftlichen oder mündlichen) Arbeitsvertrages zu verstehen ist, sondern die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor der Beschäftigung eines Ausländers nach § 3 Abs. 1 AuslBG auch den Inhaber eines Betriebes trifft, der Leistungen einer als arbeitnehmerähnlich zu qualifizierenden Arbeitskraft entgegen nimmt. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig. Seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, muss eher darin erblickt werden, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist. Bei der Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit unter dem "finanziellen" Gesichtspunkt ist nicht konkret zu prüfen, ob der

"Arbeitnehmerähnliche" auf die Gegenleistungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Empfänger der Arbeitsleistung zur Bestreitung seines Lebensunterhalts angewiesen ist. Sowohl für eine Beschäftigung gemäß § 2 Abs. 2 lit. a als auch gemäß § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG ist aber die Entgeltlichkeit ein wesentliches Merkmal, wobei sich der Anspruch des Arbeitenden auf Bezahlung aus einer mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung, allenfalls aber auch unmittelbar aus arbeitsrechtlichen Vorschriften (so etwa aus § 29 AuslBG oder aus kollektivvertraglichen Regelungen) ergibt. Zwar kann dieses Merkmal grundsätzlich auch durch andere als finanzielle Gegenleistungen erfüllt sein, etwa durch die Erbringung von Naturalleistungen (vgl. 26. Mai 1999, Zl. 97/09/0089). Jedoch muss - manifestiert auch in einer Gegenleistung - ein Mindestmaß an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft bestehen, um vom Vorliegen einer Beschäftigung sprechen zu können.

Hinsichtlich der zu Pkt. 1. und 4. genannten Ausländerinnen ist die belangte Behörde bereits "auf Grund des ersten Anscheins" davon ausgegangen, das Vorliegen von zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen zu bejahen, ohne ausreichende Feststellungen zur wirtschaftlichen bzw. persönlichen Abhängigkeit der betretenen Ausländerinnen zu treffen, bzw. konkret festzustellen, ob bzw. in welcher Form sie entlohnt wurden oder eine Entlohnung zumindest erwartet wurde (wobei es allerdings zutrifft, dass diese Entlohnung nicht unbedingt in Geld erfolgen muss, sondern beispielsweise auch in der Zurverfügungstellung von Unterkunft und Verpflegung, Erstattung der Reisekosten o.ä.). Dass Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei, ist den Erhebungsergebnissen nicht zu entnehmen.

Die belangte Behörde hat somit die Rechtslage verkannt, wenn sie die Rechtsansicht vertritt, es könne dahingestellt bleiben, auf welche Weise eine Entlohnung im konkreten Fall erfolgt sei, weil Entgeltlichkeit, das heißt "Entlohnung" - in Geld (etwa ein Fixum oder Umsatzbeteiligung o.ä.) oder entgeltähnliche Leistungen (siehe oben) -, ein unabdingbares Tatbestandsmerkmal ist.

Nur hinsichtlich der zu Pkt. 2. genannten Ausländerin ist nach den getroffenen und in der Beschwerde auch nicht dezidiert bekämpften Feststellungen der belangten Behörde von einer Entlohnung in Geld (nach Angaben der Betroffenen 400,-- ATS pro Nacht) auszugehen. In diesem Fall konnte sohin von einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ausgegangen werden (vgl. dazu als Beispiel für viele das hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2001, Zl. 99/09/0134, m.w.N., auf welches gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz verwiesen wird).

Die zu Pkt. 3. genannte Ausländerin hatte sich damit verantwortet - in Übereinstimmung mit dem Geschäftsführer des Lokals, E. D. und dem Beschwerdeführer - sie habe lediglich aus Gefälligkeit kurzfristig (bis zu einer Stunde) ihren Freund, E. D., aushilfsweise hinter der Theke vertreten. Die belangte Behörde wertete ihre Anwesenheit hinter der Theke im Sinne des § 28 Abs. 7 AuslBG als ersten Anschein für das Vorliegen einer Beschäftigung, dem der Beschwerdeführer nichts Glaubhaftes habe entgegen setzen können, da sie dessen Darstellung, sie habe den Geschäftsführer des Lokals nur kurzfristig unentgeltlich vertreten, als unglaubwürdig beurteilte, zumal diese Ausländerin in einem anderen Lokal "einschlägige Erfahrungen aufweise". Wenn schon ein Freundschaftsverhältnis zu E. D. bestanden habe, so jedenfalls nicht mit dem Beschwerdeführer, weshalb ungeklärt geblieben sei, weshalb sie für diesen Aushilfstätigkeiten übernommen haben sollte.

Diese Beweiswürdigung ist nicht schlüssig.

Was eine "einschlägige Erfahrung" in einem anderen Lokal mit der Frage der Beziehung zum Lokalgeschäftsführer E. D. zu tun gehabt haben könnte, ist nicht einsichtig, da sich eine (auch illegale) Beschäftigung in einem anderen Lokal und eine kurzfristige Aushilfe im hier gegenständlichen durchaus vereinbaren lassen. Unrichtig ist auch die mangelnde Beziehung zum Beschwerdeführer, ging doch die Ausländerin davon aus, ihr Freund E. D. sei "Lokalbesitzer", nur für ihn habe sie aushelfen wollen. Die betroffene Ausländerin hatte (übereinstimmend mit dem Geschäftsführer des Lokals) angegeben, mit diesem befreundet zu sein und ihn unentgeltlich und lediglich kurzfristig vertreten zu haben, wenn dieser zur Bank zu gehen oder etwas zu besorgen gehabt habe. Gegenteilige Beweisergebnisse liegen nicht vor. Tatsächlich war sie auch die einzige, die in Straßenkleidung angetroffen worden war. Ohne weitere dagegen sprechende Argumente hätte die belangte Behörde somit diese Angaben nicht als unglaubwürdig einstufen dürfen. Wäre aber von einer nur fallweisen kurzfristigen Aushilfstätigkeit auszugehen gewesen - wobei im Übrigen deren Häufigkeit von der Behörde ebenfalls nicht festgestellt wurde - so wäre dies beachtlich gewesen, weil - wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt hat - Gefälligkeitsdienste nicht unter die bewilligungspflichtige Beschäftigung des AuslBG fallen. Als Gefälligkeitsdienste können kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt werden, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und

dem Leistungsempfänger erbracht werden. Der Übergang zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des AuslBG ist fließend. Es ist daher eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können. Zwar kann eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG auch bei bloß kurzfristigen Arbeitsleistungen und auch dann vorliegen, wenn sie nur für Naturalleistungen erbracht werden; eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG Bestimmung wird aber nur dann gegeben sein, wenn auf Grund der gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG gebotenen Betrachtung des wahren wirtschaftliche Gehalts und nicht der äußeren Erscheinungsform ein Mindestmaß an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft besteht (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 3. September 2002, Zl. 99/09/0083). Die belangte Behörde hat dabei die behauptete Freundschaft zwischen dem Lokalinhaber und der Ausländerin unberücksichtigt gelassen und auch genaue Feststellungen über Dauer und Häufigkeit dieser Aushilfsdienste nicht getroffen.

Hinsichtlich der im Spruch genannten drei Ausländerinnen war der angefochtene Bescheid sohin infolge der auf der Verkennung der Rechtslage basierenden sekundären Verfahrensmängel gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben, im Übrigen war die Beschwerde hingegen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333. Wien, am 3. Juni 2004

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2004:2002090198.X00

Im RIS seit

01.07.2004

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2009

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at