jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2003/10/22 2001/09/0135

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.10.2003

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

Norm

ABGB §1151;
ASVG §4 Abs2;
AuslBG §2 Abs2 idF 1996/201;
AuslBG §2 Abs4 idF 1996/201;
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1996/201;
AuslBG §3 Abs1 idF 1996/201;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Hanslik, über die Beschwerde des Dr. N in W, vertreten durch Dr. Isabelle Dessulemoustier-Bovekercke, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Kohlmarkt 4/5, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 6. Februar 2001, Zl. UVS-07/A/10/455/1999/19, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 11. September 1997 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der D HandelsgesmbH (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof) zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in Wien, seit zumindest Dezember 1996 bis 23. April 1997 in dem von ihr an einer näher genannten Adresse geführten Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart eines Restaurants den indischen Staatsangehörigen R.N. als Kellner (zur Tatzeit am 23. April 1997 mit dem Einschenken von diversen Getränken und

Rechnungslegung) beschäftigt habe, obwohl für diesen Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Wegen der Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG wurde der Beschwerdeführer gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a erster Strafsatz AuslBG mit einer Geldstrafe in der Höhe von S 50.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Tagen) und Kostenersatz bestraft.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG insofern Folge gegeben, als das Straferkenntnis hinsichtlich der angelasteten Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 2 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG für den Zeitraum "zumindest Ende Dezember 1996 bis 25. März 1997" sowie für den Zeitraum "10. April 1997 bis 23. April 1997" behoben und das diesbezügliche Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt wurde. Im Übrigen wurde das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Tatumschreibung wie folgt zu lauten habe:

"Der Beschuldigte, Dr. V. N., hat als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der D HandelsgesmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in Wien, N.straße, von 26.3.1997 bis 9.4.1997 in dem von ihr in Wien, N.straße, geführten Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart eines Restaurants, Herrn R.N., geb. 5.3.1974, Staatsangehörigkeit Indien, beschäftigt hat, obwohl für diesen weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde und dieser auch keine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen hat."

Die Strafe sei auf S 10.000,-- (entspricht EUR 726,73), im Nichteinbringungsfalle zwei Tage Ersatzfreiheitsstrafe, herabgesetzt und der erstinstanzliche Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs. 2 VStG auf S 1.000,-- ermäßigt worden. Nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens, insbesondere der Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung vom 8. März 2000, und Darstellung der wesentlichen Rechtslage führte die belangte Behörde begründend aus, dass R.N. - der Sohn des Beschwerdeführers - indischer Staatsbürger sei, der 1996 von seinem Studium aus Kanada nach Österreich zurückgekommen sei und bei seiner Mutter, einer österreichischen Staatsbürgerin, gewohnt habe, die ihm auch Unterhalt gewährt habe. R.N. habe im verfahrensgegenständlichen Zeitraum über eine Aufenthaltsbewilligung vom 2. Juli 1995 bis 20. März 1997 und vom 10. April 1997 bis 10. April 1998 verfügt. Vom 21. März 1997 bis 9. April 1997 habe R.N. über keinen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz verfügt, da er den Antrag am 24. März 1997 auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erst nach Ablauf seiner bisherigen mit 20. März 1997 befristeten Aufenthaltsbewilligung gestellt habe. Nach den eigenen Angaben des Beschwerdeführers hätte ihn sein Sohn R.N. in der Zeit vom 26. März 1997 bis 19. Mai 1997, als der Beschwerdeführer in Indien gewesen wäre, im Lokal vertreten. R.N. sei zumindest in dieser Zeit in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur Arbeitgeberin, der D HandelsgesmbH, gestanden. Ihm sei während dieser Zeit die Führung des Lokales oblegen; er habe auch diesbezügliche Aufträge vom Vater bekommen. Der "Beschwerdeführer" (gemeint: R.N.) sei bei Notfällen genötigt gewesen, Maßnahmen zu treffen bzw. wenn viel Betrieb gewesen sei, sich den ganzen Tag über im Lokal aufzuhalten. R.N. sei angehalten gewesen, seine Tätigkeit im Betrieb des Unternehmens zu verrichten; es sei eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit vorgelegen; er sei zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung verpflichtet gewesen und habe vom Beschwerdeführer auch Weisungen erhalten. Seine Arbeitsleistung sei auf jeden Fall der D HandelsgesmbH zugute gekommen. Zur Frage der Entgeltlichkeit sei auszuführen, dass nach den Ausführungen des Beschwerdeführers offenbar nur deshalb kein Entgelt vereinbart worden sei, da er mit seinem Sohn ohnedies ein gemeinsames Konto habe und dieser darauf habe zugreifen können. Dass die Tätigkeit des R.N. für die D HandelsgesmbH einen Wert dargestellt habe, habe sich auch dadurch gezeigt, dass R.N. später dann angemeldet worden sei und, ohne dass sich seine Tätigkeit verändert habe, ein Gehalt vereinbart und ausbezahlt worden sei. Früher habe R.N. offenbar auf das gemeinsame Konto zugreifen können, ab seiner Anmeldung habe er ein offizielles Gehalt bekommen. Die belangte Behörde sehe es sohin als erwiesen an, dass R.N. für die D HandelsgesmbH eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ausgeübt habe. Der Tatzeitraum sei einzuschränken gewesen, da eine Beschäftigung des R.N. für die D HandelsgesmbH im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG nur für den Zeitraum der Abwesenheit des Vaters vom 26. März 1997 bis 19. Mai 1997 als erwiesen angesehen werden könne. Ob R.N. bereits vor diesem Zeitraum im Lokal Tätigkeiten im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ausgeführt habe, habe nicht festgestellt werden können. Da R.N. für den Zeitraum, in dem er über eine Aufenthaltsbewilligung nach dem Aufenthaltsgesetz verfügt habe, von seiner Mutter, die österreichische Staatsbürgerin sei, Unterhalt bekommen habe,

sei gemäß § 1 Abs. 2 lit. l AuslBG iVm § 3 Abs. 1 leg. cit. nur für den Zeitraum vom 26. März bis 9. April 1997 zum Tragen gekommen. Für diesen Zeitraum sei daher der Schuldspruch in modifizierter Form zu bestätigen, für den Zeitraum zumindest Ende Dezember 1996 bis 25. März 1997 sowie für den Zeitraum 10. bis 23. April 1997 sei zu beheben gewesen.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die Strafe spruchgemäß herabgesetzt worden sei, weil der Tatzeitraum einzuschränken gewesen und dem Beschwerdeführer der Milderungsgrund verwaltungsstrafrechtlicher Unbescholtenheit zugute gekommen sei. Der Beschwerdeführer habe seinen Sohn während seiner längeren Abwesenheit mit seiner Vertretung betraut; er hätte sich bei diesem Sachverhalt bei der Behörde erkundigen müssen, ob dieser Arbeitseinsatz noch ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligung möglich wäre. Hätte er dies getan, hätte er die Verwaltungsübertretung verhindern können. Der Beschwerdeführer müsse sich sohin den Vorwurf des fahrlässigen Handelns gefallen lassen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte unter Abfassung einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen:

Die hier anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 i. d.F. BGBl. Nr. 201/1996, lauten - auszugsweise - wie folgt:

"§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.

(2) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind nicht anzuwenden auf

...

l) Ausländer, die Ehegatten österreichischer Staatsbürger sind, sowie Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder) österreichischer Staatsbürger, die noch nicht 21 Jahre als sind oder denen der österreichische Staatsbürger Unterhalt gewährt, sofern sie zum Aufenthalt im Bundesgebiet nach dem Aufenthaltsgesetz (AufG), BGBl. Nr. 466/1992, berechtigt sind;

...

§ 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. 2 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;

..."

Wenn der Beschwerdeführer zunächst vorbringt, dass er eine Verwaltungsübertretung für den Zeitraum vom 26. März 1997 bis 9. April 1997 zu verantworten habe, der angefochtene Bescheid jedoch erst mit 6. Februar 2001 gefällt und dem Beschwerdeführer am 20. Februar 2001 zugestellt worden sei, weshalb das Strafverfahren nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist für die Strafbarkeitsverjährung gemäß § 31 Abs. 3 VStG abgeschlossen worden sei, so übersieht er dabei, dass die Dreijahresfrist des § 31 Abs. 3 erster Satz VStG dann gewahrt wird, wenn das Straferkenntnis innerhalb der genannten Frist gegenüber dem Beschuldigten rechtswirksam erlassen wurde. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 20. September 1993, Zl. 93/02/0158) hat die bei der mündlichen Berufungsverhandlung vor dem unabhängigen Verwaltungssenat - zu der die Parteien ordnungsgemäß geladen wurden - erfolgte Verkündung des Berufungsbescheides die Wirkung seiner Erlassung. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Bescheid am Ende der mündlichen Berufungsverhandlung vom 8. März 2000, an welcher unter anderem der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter teilnahmen, - also innerhalb der Dreijahresfrist - verkündet, sodass Strafbarkeitsverjährung nicht eingetreten ist.

Weiters hat der Beschwerdeführer unbestritten gelassen, dass R.N. vom 21. März 1997 bis zum 9. April 1997 über keine Aufenthaltsbewilligung verfügte, aus welchem Grund für den genannten Zeitraum die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1 Abs. 2 lit. l AuslBG nicht vorlagen, weshalb die belangte Behörde zu Recht von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des AuslBG in dem genannten Zeitraum ausgegangen ist.

Der Beschwerdeführer hat im Verfahren vor der Behörde erster Instanz, in seiner Berufung wie auch in der Beschwerde vorgebracht, dass es sich bei der in seinem Lokal angetroffenen Person um seinen Sohn gehandelt habe, der ihn während seines Urlaubes im Geschäft vertreten und für diese Leistung kein Entgelt erhalten habe. Ein Ausländer sei nicht im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG "beschäftigt" und bedürfe keiner Beschäftigungsbewilligung nach § 3 Abs. 1 AuslBG, wenn er entweder "familienhaft" oder als Gesellschafter einer GesmbH für diese unentgeltlich tätig werde. Bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliege, sei auch zu prüfen, ob bei verständiger Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände, die von einem verwandten Ausländer geleisteten Arbeiten einen Freundschafts- bzw. Verwandtschaftsdienst darstellten.

Es ist Rechtsprechung des Verwaltungerichtshofes, dass Gefälligkeitsdienste nicht unter den Begriff der bewilligungspflichtigen Beschäftigung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einzuordnen sind. Als solche sind kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden, wobei der Übergang zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des AuslBG als "fließend" bezeichnet wurde. Es ist eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können (vgl. zum Ganzen etwa die hg. Erkenntnisse vom 29. November 2000, Zl. 98/09/0199, vom 4. April 2001, Zl. 99/09/0148, und vom 3. September 2002,

Zl. 99/09/0083). Eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG wird letztlich nur dann gegeben sein, wenn auf Grund der gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG gebotenen Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts und nicht der äußeren Erscheinungsform ein Mindestmaß an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft besteht (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 1. Oktober 1997, Zl. 96/09/0036, und vom 14. November 2002, Zl. 2001/09/0103, m. w.N.). Gegen das Vorliegen eines solchen Gefälligkeits- oder Freundschaftsdienstes im gegenständlichen Fall spricht der Umstand, dass die Tätigkeit des Ausländers jedenfalls nicht bloß kurzfristig erfolgte.

Allerdings beruft sich der Beschwerdeführer auch darauf, dass es sich beim Ausländer um seinen Sohn gehandelt habe, der ihn bloß im Lokal vertreten habe und mit dem kein Entgelt vereinbart worden sei. Sein Sohn sei Student gewesen, dem er - in Form der Finanzierung des Studiums im Ausland - Unterhalt geleistet habe, und der jederzeit auf sein Konto habe zugreifen können.

Bei dieser Sachlage stellte sich für die belangte Behörde nicht nur die Frage, ob es sich bei der Tätigkeit des Ausländers um eine Tätigkeit im Rahmen eines Gefälligkeits- oder Freundschaftsdienstes, sondern auch, ob es sich um eine solche eines engen Familienangehörigen gehandelt haben könnte, die als "Familiendienst" vom Begriff der Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ausgenommen gewesen sein könnte. Als solche Familiendienste, die kein Arbeitsverhältnis begründen, sind im Rahmen einer familiären Beistands- und Mitwirkungspflicht erbrachte Leistungen anzusehen (vgl. dazu Krejci in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage 2000, zu § 1151 ABGB, RZ 17 ff; die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes etwa vom 13. Februar 1997, 8 ObS 2/97, und 19. Juli 2002, 10 ObS 196/02z, und die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zur Ausnahme von der Dienstnehmereigenschaft gemäß § 4 Abs. 2 ASVG von derart tätigen Personen etwa vom 27. März 1990, Zl.85/08/0134, vom 16. September 1997, Zl. 93/08/0178, und vom 14. März 2001, Zl. 95/08/0091). Ob es sich um einen Familiendienst oder um ein Dienstverhältnis handelt, ist anhand aller Umstände des Falles, insbesondere auch unter Einbeziehung der Behauptungen und Zugeständnisse der Betroffenen zu beurteilen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 1999, Zl. 94/08/0282), wobei aber auch hinsichtlich von Leistungen, die von einer familiären Beistandspflicht erfasst wären, durchaus ein Dienstverhältnis vereinbart werden kann.

Im hier zu beurteilenden Fall hat der Sohn des Beschwerdeführers eine vorübergehende und aushilfsweise Tätigkeit im Restaurantbetrieb seines Vaters erbracht. Die belangte Behörde hat vorliegend verkannt, dass diese Aushilfe angesichts des besonderen, schon vor dieser Tätigkeit des Sohnes zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn bestehenden familiären und wirtschaftlichen Naheverhältnisses im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG noch als ein üblicher Familiendienst zu bewerten und daher nicht als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG zu qualifizieren war.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die in § 1 Abs. 2 lit. l AuslBG (i.d.F.BGBl. I Nr. 78/1997) normierte Voraussetzung, dass nur solche Angehörige österreichischer Staatsbürger aus dem Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen sind, die über einen Aufenthaltstitel verfügen, mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 20. Juni 2001, VfSlg. 16.214, wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben wurde.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf den §§ 47 ff VwGG i. V.m. der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333. Der Ersatz der Pauschalgebühr war mit EUR 181,68 festzusetzen.

Das Mehrbegehren hinsichtlich des Schriftsatzaufwandes war abzuweisen, weil neben dem pauschalierten Ersatz des Schriftsatzaufwandes ein Kostenersatz unter dem Titel der Umsatzsteuer nicht zusteht.

Wien, am 22. Oktober 2003

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2003:2001090135.X00

Im RIS seit

11.12.2003

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2009

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at