

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/10/1 96/09/0007

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.10.1997

## Index

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

## Norm

AuslBG §2 Abs2 litb;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;  
AVG §14;  
AVG §15;  
AVG §37;  
AVG §44;  
AVG §45 Abs2;  
VStG §5 Abs1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr, im Beisein des Schriftführers Mag. Loibl, über die Beschwerde des A in G, vertreten durch Mag. Werner Dax, Rechtsanwalt in Güssing, Sterntalstraße 24, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland,

Zlen. E 19/02/95.024/5; E 19/02/95.025/4 und E 19/02/95.026/4, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit und Soziales), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, insoweit er die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft G vom 24. Mai 1995, Zl. 300-2554-1994, und 23. Mai 1995, Zl. 300-2787-1994, bestätigt, wegen Rechtswidrigkeit infolge

Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Im übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 13.010,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenmehrbegehren wird abgewiesen.

### **Begründung**

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft G vom 24. Mai 1995 wurde der Beschwerdeführer für schuldig befunden, er habe Frau L., ungarische Staatsangehörige, am 31. Oktober 1994 tagsüber in seinem Buschenschankbetrieb in G, Punizerstraße 19, beschäftigt, ohne daß für diese Ausländerin eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden sei oder diese eine für die Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen habe. Er habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz verletzt, weswegen über ihn gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 idGF eine Geldstrafe in der Höhe von S 5.000,--, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen verhängt wurde. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft G vom 23. Mai 1995 wurde der Beschwerdeführer schuldig befunden, die genannte ungarische Staatsangehörige auch am 12. November 1994 tagsüber bis 14.45 Uhr in seinem Buschenschank in G, Punizerstraße 19, beschäftigt zu haben, ohne daß für diese Ausländerin eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden sei oder diese eine für die Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen hätte. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 in der geltenden Fassung verletzt, es werde gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des genannten Gesetzes hierfür über ihn eine Geldstrafe in Höhe von S 5.000,--, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen verhängt. Mit (weiterem) Bescheid vom 24. Mai 1995 der Bezirkshauptmannschaft G wurde der Beschwerdeführer schuldig befunden, die genannte ungarische Staatsangehörige auch am 10. Dezember 1994 tagsüber in seinem Buschenschank beschäftigt zu haben, ohne daß für diese eine Beschäftigungsbewilligung ausgestellt oder sie über eine für die Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder Befreiungsschein verfügt hätte. Auch hinsichtlich dieses Tatbestandes sah die Behörde die Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 in der geltenden Fassung als verletzt und verhängte eine Strafe gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a dieses Gesetzes (von weiteren S 5.000,--), im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen, sowie in allen drei Fällen einen Kostenbeitrag von je S 500,--.

Gegen diese drei erstinstanzlichen Bescheide erhob der Beschwerdeführer fristgerechte Berufungen mit der Begründung, er habe sich zu den angegebenen Zeiten im Krankenhaus befunden. Seine Freundin Ilona Albine M., ungarische Staatsangehörige, habe in der Zwischenzeit auf seine Landwirtschaft aufgepaßt und den Betrieb weitergeführt. Die Genannte wohne in Szombathely, genaue Adresse unbekannt. Sie könne jedoch bei Bedarf aussagen, daß sie regelmäßig zu ihm komme. L. sei eine Freundin von Ilona Albine M.. Zu den Tatzeiten, als er sich selbst im Krankenhaus befunden habe, sei ihm nicht bekannt gewesen, daß L. auch in Österreich in seinem Anwesen gewohnt habe. Eine Bestätigung, daß er zu den Tatzeiten im Krankenhaus gewesen sei, habe er nicht, könne sie jedoch bei Bedarf beibringen. Ilona M. habe von ihm keinen Auftrag gehabt, den Buschenschank zu führen oder sich einer anderen Person hiezu zu bedienen. Mit Eingabe an die belangte Behörde vom 26. September 1995 ergänzte der Beschwerdeführer sein Berufungsvorbringen dahingehend, L. sei bei ihm nie beschäftigt gewesen und habe auch nie bei ihm gearbeitet, sondern sei einige Male bei ihm gewesen, um ihre Freundin Ilona M. zu besuchen, so auch z.B. an den inkriminierten Tagen. An diesen Tagen sei er selbst nicht zu Hause gewesen, sondern im LKH Graz gelegen. Frau L. habe sich im damaligen Wohnzimmer aufgehalten, welches seit dem Umbau gleichzeitig Lokalraum und Aufenthaltsraum für Besucher sei (gemeinsamer Haupteingang). Wo sich Frau L. derzeit aufhalte, sei ihm nicht bekannt, auch seine Lebensgefährtin Ilona M. sei darüber nicht informiert. Bezüglich des 10. Dezember 1994 (3. inkriminierter Tatzeitpunkt) sei er nicht mehr ganz sicher, ob er sich im LKH aufgehalten habe oder sonst unterwegs gewesen sei, an diesem Tage sei er jedoch sicher nicht zu Hause gewesen, da er sonst Frau L. hätte treffen müssen. Diesem Schreiben legte der Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbestätigung des Landeskrankenhauses G vom 18. September 1995 bei, aus der sich ein stationärer Aufenthalt dort in der Zeit von 30. September bis 19. Oktober 1994 ergibt, sowie eine Bestätigung des Herzkreislaufzentrums Groß Gerungs vom 1. Dezember 1994 bei, aus der eine stationäre Betreuung des Beschwerdeführers in der Zeit von 19. Oktober bis 16. November 1994 hervorgeht.

Die belangte Behörde führte am 22. November 1995 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, nunmehr angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 28. November 1995 wurde den Berufungen des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 51 Abs. 1 VStG keine

Folge gegeben, und es wurden die angefochtenen Straferkenntnisse mit der Maßgabe bestätigt, daß jeweils der erste Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz anzuwenden sei. Gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG wurde ein Kostenbeitrag in Höhe von 20 % der Strafhöhe, insgesamt S 3.000,--, festgesetzt.

Zur Begründung führte die belangte Behörde nach teilweiser Wiedergabe der Verhandlungsergebnisse aus, auf Grund der Zeugenaussagen, insbesondere jener der Gendarmeriebeamten, und auf Grund der Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung sei in sachverhaltsmäßiger Hinsicht als erwiesen anzusehen, daß L. als Kellnerin im Buschenschanklokal des Beschwerdeführers gearbeitet habe. Die Rechtfertigungsversuche des Beschwerdeführers seien unglaublich, da er diese mehrfach gewechselt und unglaubliche Angaben gemacht habe. Dabei setzte sich die belangte Behörde im einzelnen mit den Beweisergebnissen des Verwaltungsverfahrens auseinander. Die belangte Behörde stellte darüber hinaus sachverhaltsmäßig fest, der Beschwerdeführer habe seine Lebensgefährtin mit der Führung des Betriebes während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit beauftragt und habe auch die Ausländerin, eine langjährige Bekannte und ehemalige Arbeitskollegin seiner Lebensgefährtin, kommen lassen, um aufzupassen und nach dem Rechten zu sehen. Die belangte Behörde stellte "mit ausreichender Sicherheit" fest, daß zu den in den Straferkenntnissen angeführten Zeitpunkten die Ausländerin für ihn und "in dessen (mittelbaren) Auftrag" die Gäste des Buschenschanklokales bedient und von diesen kassiert habe. Dies gelte auch für den 10. Dezember 1994, einen Tag, an dem weder die Lebensgefährtin des Beschwerdeführers noch dieser selbst im Betrieb in G gewelt habe, sondern im Zweitbetrieb in Rainersdorf. Die Ausländerin sei mit Wissen und im Auftrag des Beschwerdeführers von dessen Lebensgefährtin zumindest für die in den Straferkenntnissen genannten Tage in den Betrieb geholt worden. Somit liege eine zumindest tageweise Beschäftigung im Auftrag und auf Rechnung des Beschwerdeführers vor, zu dessen wirtschaftlichem Vorteil die Ausländerin Arbeitsleistungen vornehmlich als Serviererin erbracht habe. Es sei somit "mit ausreichender Sicherheit" erwiesen, daß diese Arbeitsleistungen in wirtschaftlicher bzw. persönlicher Abhängigkeit vom Beschwerdeführer erbracht worden seien, der "nicht einmal ausdrücklich" bestritten habe, daß die Ausländerin entlohnt worden sei, weshalb ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zwischen dieser und dem Beschwerdeführer vorgelegen sei, wofür keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorgelegen habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor, nahm aber von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem gesetzlich gewährleisteten Recht auf Nichtbestrafung mangels Vorliegens eines strafbaren Tatbestandes und auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Verwaltungsstrafverfahrens, insbesondere auf genügende Ermittlung des Sachverhaltes, verletzt. In Ausführung dieses Beschwerdepunktes bringt der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes vor, die Tatbestände der ersten beiden Straferkenntnisse bezögen sich auf eine Zeit (31. Oktober bzw. 12. November 1994), in welcher er sich in Groß Gerungs auf Kuraufenthalt befunden habe und in der weder die Ausübung des Buschenschankes angemeldet noch von ihm jemandem der Auftrag erteilt worden sei, einen diesbezüglichen Ausschank vorzunehmen. Auch seine Lebensgefährtin sei zu dieser Zeit in G nicht gemeldet, vielmehr nur tageweise dort anwesend gewesen. Er sei in keiner Weise als Arbeitgeber aufgetreten, habe kein rechtliches Verhältnis irgendeiner Art zur Ausländerin begründet, da er zu diesem Zeitpunkt auf Kuraufenthalt gewesen sei und die Ausübung des Buschenschankes zu diesem Zeitpunkt nicht angemeldet gewesen sei und er selbst auch nicht gewußt habe, daß die Betroffene in G gewesen sei. Dasselbe treffe auf den Tatbestand für den Zeitpunkt 10. Dezember 1994 zu, auch in diesem Zeitpunkt sei er nicht im Betrieb anwesend gewesen, es sei weder ein Arbeits- oder ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorgelegen, ebensowenig wirtschaftliche oder persönliche Abhängigkeit, auch von einer Entlohnung sei nirgends die Rede gewesen.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt der Beschwerdeführer im wesentlichen die Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens und die unrichtige Beweismwürdigung der belangten Behörde sowie die unrichtige Protokollierung seiner Angaben in der Verhandlungsschrift vom 22. November 1995, in die handschriftlich hinzugefügt worden sei, der Beschwerdeführer

habe ausgesagt, "Dem habe ich zugestimmt" (gemeint: der Beschäftigung der Ausländerin in den Zeiten der Abwesenheit seiner Lebensgefährtin vom Buschenschank). Eine derartige Äußerung getätigt zu haben, könne er sich nicht erinnern.

Dieses Vorbringen erscheint im Hinblick auf die Bestimmung des § 15 AVG relevant, zumal sich aus der Verhandlungsschrift nicht ergibt, wann die handschriftliche Einfügung des der Sache nach entscheidungswesentlichen Zusatzes beigefügt wurde und ein Nachtrag im Sinne des § 14 Abs. 4 AVG nicht aktenkundig ist. Ist aber die Niederschrift nicht gemäß den Bestimmungen des § 14 AVG aufgenommen worden und hat die Partei die Richtigkeit des darin bezeugten Vorganges (ihre Aussage) bestritten, hat nicht sie den Gegenbeweis anzutreten, sondern obliegt es vielmehr der Behörde, durch geeignete Ermittlungen von Amts wegen den Beweis über den Inhalt aufzunehmen (vgl. Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>5</sup>, S 184 f). Insoweit der Beschwerdeführer daher bestreitet, eine derartige Äußerung tatsächlich abgegeben zu haben und dies auch mit seiner bisherigen Verantwortung im Verwaltungsstrafverfahren in Einklang zu bringen ist, kann diese handschriftlich in das Protokoll eingefügte Äußerung nicht mehr ohne weiteres zur Sachverhaltsgrundlage gemacht werden. Daraus ergibt sich aber, daß auch die Feststellung der belangten Behörde, der Beschwerdeführer sei - zumindest mittelbar - mit der Beschäftigung der Ausländerin in seinem Buschenschankenbetrieb einverstanden gewesen, einer Grundlage entbehrt. Es liegt daher ein Begründungsmangel vor, der sich aber im Hinblick auf die Verantwortung des Beschwerdeführers auch als entscheidungswesentlich erweist.

Der Beschwerdeführer weist in seiner Beschwerde nämlich darauf hin, daß er sich zu den den Straferkenntnissen Zl. 300-2554-1994 und Zl. 300-2787-1994 zugrundeliegenden Tatzeitpunkten, nämlich am 31. Oktober 1994 und am 12. November 1994 in stationärer Behandlung des Herz-Kreislauf-Zentrums Groß Gerungs befunden und während seiner wochenlangen Abwesenheit (nur) in der Woche einmal mit seiner Lebensgefährtin telefoniert habe. Zur Glaubhaftmachung dieses Vorbringens lag der belangten Behörde die Aufenthaltsbestätigung des Herz-Kreislauf-Zentrums Groß Gerungs vom 1. Dezember 1994 vor. Dennoch enthält der angefochtene Bescheid keine (sachverhaltsmäßige oder rechtliche) Auseinandersetzung mit der Frage eines dennoch anzunehmenden Verschuldens im Sinn des § 5 Abs. 1 - allenfalls in Verbindung mit § 9 - VStG. Dies wäre aber im Hinblick auf die Verantwortung des Beschwerdeführers notwendig gewesen, aus der nicht nur zu entnehmen war, er habe "nichts gewußt", sondern insbesondere, er habe keine entsprechende Kontrollmöglichkeit gehabt. Dies könnte nur dann unterstellt werden, ginge man von seiner Zustimmung als gegeben aus, was aber im Hinblick auf die unklare Protokollierung und der Bestreitung von deren Richtigkeit unzulässig war. Insoweit hat daher die belangte Behörde ihren Bescheid mit Feststellungs- und Begründungsmängeln behaftet, die - soweit sie die Tatzeiten vom 31. Oktober 1994 und 12. November 1994 betrifft - zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides in diesem Umfang gemäß § 43 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG führen mußte.

Was für den Zeitraum der krankheitsbedingten Ortsabwesenheit des Beschwerdeführers gilt, kann aber nicht ohne weiteres auch auf einen danach liegenden Zeitraum, im vorliegenden Fall den 3. inkriminierten Zeitpunkt, nämlich den 10. Dezember 1994, übertragen werden, an dem sich der Beschwerdeführer eingestandenmaßen wiederum im örtlichen Nahebereich seiner Betriebe aufgehalten hat. Für diesen Zeitpunkt hätte daher der Beschwerdeführer ein konkreteres Rechtfertigungsvorbringen zu erstatten gehabt, um der Vermutung des § 5 Abs. 1 VStG erfolgreich entgegenzutreten. Danach hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für eine Glaubhaftmachung im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG nicht aus (vgl. dazu auch die in Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>5</sup>, zu § 5 S. 758 ff., angeführte Judikatur). Ist aber in diesem Sinne zumindest von einer stillschweigenden Duldung der in seinem Buschenschankenbetrieb verrichteten Tätigkeiten der Ausländerin auszugehen, unterliegen diese der rechtlichen Würdigung nach den Bestimmungen des AuslBG. Ist daher hinsichtlich dieses Zeitpunktes die belangte Behörde auf Grund der von ihr vorgenommenen Beweiswürdigung, gegen deren Schlüssigkeit die allgemein gehaltenen Darlegungen der Beschwerde kein geeignetes Argument bieten, zu dem Ergebnis gelangt, die von der Ausländerin verrichteten Tätigkeiten seien nicht nur mit Wissen und (zumindest stillschweigend zum Ausdruck gebrachten) Willen des Beschwerdeführers, sondern auch zu seinem wirtschaftlichen Vorteil erbracht worden, so erweist sich auch die daran angeschlossene rechtliche Subsumtion als zutreffend, es läge im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG 1975 ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vor. Daran vermag der Einwand des

Beschwerdeführers nichts zu ändern, von einer Entgeltlichkeit dieser Beschäftigung sei niemals die Rede gewesen, womit der Beschwerdeführer offenkundig nichts anderes auszusagen beabsichtigt, als daß es sich im vorliegenden Fall um eine freiwillige unentgeltliche Leistung gehandelt habe. Abgesehen davon, daß er selbst die vereinbarungsgemäße Unentgeltlichkeit der von der Ausländerin verrichteten Tätigkeit nicht behauptet, ist auf § 29 Abs. 1 AuslBG zu verweisen, der einem Ausländer, der entgegen den Vorschriften des AuslBG ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt wird, gegenüber dem ihn beschäftigenden Betriebsinhaber für die Dauer der Beschäftigung die gleichen Ansprüche wie auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages zugesteht (und somit auf den angemessenen Lohn im Sinne des § 1152 ABGB verweist). Daß es sich wiederum um eine Gefälligkeitsleistung im Rahmen eines Freundschaftsdienstes gehandelt habe, hat der Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren ebenfalls nicht vorgebracht. Unter Berücksichtigung des weiteren Umstandes, daß auch aus der Aussage der Lebensgefährtin des Beschwerdeführers hervorgeht, daß zumindest eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der Ausländerin bei ihrer Tätigkeit im Betrieb des Beschwerdeführers ("Kontrolle") gegeben gewesen sei, kann in der Bestätigung des Straferkenntnisses hinsichtlich des Tatzeitpunktes 10. Dezember 1994 kein Rechtsirrtum erblickt werden. Diesbezüglich war daher die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf §§ 47 ff, insbesondere § 50 VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Das Mehrbegehren war abzuweisen, da Stempelmarken lediglich im gesetzlich erforderlichen Ausmaß zuerkannt werden konnten.

### **Schlagworte**

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Erheblichkeit des Beweisantrages Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung  
Beweismittel Zeugenbeweis Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweislast Verfahrensgrundsätze im  
Anwendungsbereich des AVG Offizialmaxime Mitwirkungspflicht Manuduktionspflicht  
VwRallg10/1/1 Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG Unmittelbarkeitsprinzip  
Gegenüberstellungsanspruch Fragerecht der Parteien VwRallg10/1/2 freie Beweiswürdigung Verhältnis zu anderen  
Materien Normen VStGS Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Freie Beweiswürdigung

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1996090007.X00

### **Im RIS seit**

11.07.2001

### **Zuletzt aktualisiert am**

02.02.2011

**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)