

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/3/6 2007/09/0232

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.03.2008

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
19/05 Menschenrechte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §35 Abs1;  
AuslBG §2 Abs2 lite;  
AuslBG §2 Abs3;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §3 Abs1;  
MRK Art6 Abs1;  
MRK Art6 Abs3 litd;  
VStG §51g Abs3 Z1;  
VStG §51i;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litb;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2007/09/0379 2007/09/0378

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler und Dr. Dobltinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des OB in L, vertreten durch Dr. Stefan Hämmerle, Mag. Johannes Häusle und Mag. Gernot Schwendinger, Rechtsanwälte in 6850 Dornbirn, Riedgasse 20/3, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Vorarlberg 1. vom 13. Dezember 2005, Zl. UVS-1-640/E7-2004 (protokolliert zur hg. Zl. 2007/09/0232), 2. vom 13. Juni 2006, Zl. UVS-1-029/K3-2006 (protokolliert zur hg. Zl. 2007/09/0378), und 3. vom 4. Juli 2006, Zl. UVS-1-197/K3-2006 (protokolliert zur hg. Zl. 2007/09/0379), betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

1. Der erstangefochtene (zu hg. Zl. 2007/09/0232 protokollierte) Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

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

2. Hingegen werden die Beschwerden gegen den zweit- und den drittangefochtenen Bescheid (protokolliert zu hg. Zlen. 2007/09/0378 und 379) als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von je EUR 381,90 (insgesamt daher EUR 763,80) binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

I. Mit dem erstangefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 13. Dezember 2005 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als gemäß § 9 VStG verantwortliches zur Vertretung nach außen berufenes Organ der M GmbH mit Sitz in D dafür verantwortlich zu sein, dass dieses Unternehmen in dem von ihm in D betriebenen Table-Dance-Lokal "M" vom 30. Oktober 2003 bis Mitte November 2003 eine namentlich genannte russische Staatsangehörige als Table-Tänzerin beschäftigt habe, obwohl hierfür weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Der Beschwerdeführer wurde hierfür gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (im Fall der Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von 120 Stunden) bestraft.

Auf Grund der durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung traf die belangte Behörde in diesem Bescheid nachstehende Feststellungen:

"Der Beschuldigte war zum Tatzeitraum handelsrechtlicher

Geschäftsführer der M GmbH, ... . Diese Gesellschaft betrieb im

Tatzeitraum an der genannten Adresse das Table-Dance-Lokal 'M'. In diesem Lokal wurde die russische Staatsangehörige ..., geboren ..., als Tänzerin beschäftigt, obwohl hierfür weder eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde. Die Ausländerin war nicht im Besitz einer für diese Beschäftigung gültigen Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises.

Die Ausländerin wurde auf Grund eines Vertrages, der zwischen der M GmbH einerseits und einer Künstleragentur andererseits abgeschlossen war, im Lokal 'M' als Show-Tänzerin beschäftigt, wobei der Beschuldigte hierfür an die Agentur einen bestimmten Betrag zu zahlen hatte. Die Ausländerin erhielt ihre Entlohnung von der Agentur. Darüber hinaus erhielt die Ausländerin Provisionen für Getränkeanimationen und der Beschuldigte war an den Entgelten, die die Ausländerin für private Table-Dance-Darbietungen von den Gästen erhielt, beteiligt. Außerdem wurde der Ausländerin vom Beschuldigten eine kostenlose Unterkunft zur Verfügung gestellt."

Die belangte Behörde stützte diese Feststellungen in allen wesentlichen Punkten auf die als glaubwürdig erachteten niederschriftlichen Angaben der betroffenen Ausländerin am 4. Dezember 2003 vor der Kriminalabteilung des Landesgendarmierkommandos für Vorarlberg, beurteilte hingegen die vom Beschwerdeführer zu seiner Entlastung beantragten und von ihr in der Verhandlung einvernommenen Zeugen ebenso wie auch die - insbesondere die Auszahlung von Getränkeprovisionen betreffenden - Angaben des Beschwerdeführers als unglaubwürdig, was sie ausführlich begründete. Auf Grund des von ihr festgestellten Sachverhaltes kam die belangte Behörde rechtlich zu dem Schluss, für die vorliegende Bestrafung nach dem AuslBG sei entscheidend gewesen, dass die Ausländerin vom Unternehmen des Beschwerdeführers, sei es als unmittelbarer Arbeitgeber, sei es als Beschäftigter überlassener Arbeitskräfte, verwendet worden sei. Der Beschwerdeführer verkenne, dass zufolge des § 2 Abs. 2 und 3 AuslBG somit Arbeitgeber auch der sei, der im Rahmen des Dienstverhältnisses über die Arbeitskraft eines anderen verfügen könne. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass der Frage, ob nun Provisionen für Animierleistungen ausbezahlt worden bzw. vereinbart worden seien und der Beschwerdeführer andererseits an den Entgelten für die Table-Dance-Darbietungen

der Ausländerin beteiligt gewesen sei oder nicht, keine große Bedeutung beizumessen sei, da auch bei Fehlen dieser Voraussetzung eine Beschäftigung einer überlassenen Arbeitskraft vorliegen würde. Abschließend sei noch darauf hinzuweisen, dass für ein bewilligungspflichtiges Arbeitsverhältnis auch der Umstand spreche, dass die Tänzerin vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit eine Leistung in Form der Stellung einer kostenlosen Unterkunft erhalten habe.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

II. Mit dem zweitangefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 13. Juni 2006 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, als gemäß § 9 VStG verantwortliches zur Vertretung nach außen berufenes Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) der M GmbH, ..., dafür verantwortlich zu sein, dass dieses Unternehmen in dem von ihm an der selben Adresse betriebenen Table-Dance-Lokal "M" am 26. Juni 2003 fünf namentlich genannte ausländische Staatsangehörige als Table-Tänzerinnen beschäftigt habe, obwohl hiefür weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Der Beschwerdeführer wurde hiefür nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a i.V.m.

§ 3 Abs. 1 AuslBG mit fünf Geldstrafen in der Höhe von je EUR 3.000,-- (im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von je 100 Stunden) bestraft.

Die belangte Behörde stellte auf Grund der von ihr durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung in diesem Bescheid folgenden Sachverhalt fest:

"Die M GmbH, ..., betreibt an der genannten Adresse ein Lokal. Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der M GmbH. Von dieser Gesellschaft wurden die im Punkt 1: genannten Ausländerinnen am 26.6.2003 im Lokal beschäftigt, obwohl hiefür weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt wurde.

Die Ausländerinnen erhielten Provisionen (20 %) für Getränkeanimationen und hatten jeweils 10,-- EURO ihrer Table-Dance (TD)-Einnahmen ( 30,-- EURO je TD) an das Lokal abzugeben."

Nach Darlegung ihrer beweiswürdigen Erwägungen kam die Behörde rechtlich zu dem Schluss, die Tätigkeit der Tänzerinnen sei jedenfalls als arbeitnehmerähnliche Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG anzusehen. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er einen Vertrag mit der Agentur gehabt habe und die Tänzerinnen von der Agentur bezahlt worden seien, sei schon deshalb nicht von Bedeutung, weil bei sämtlichen Tänzerinnen ein direkter Geldfluss zwischen dem Lokalbetreiber und den Tänzerinnen dadurch bestanden habe, dass der Lokalbetreiber an den Entgelten der Tänzerinnen für private TD beteiligt gewesen sei und den Tänzerinnen für Getränkeanimationen Provisionen gewährt habe. Damit habe aber nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit vorgelegen. Der weitere Einwand des Beschwerdeführers, wonach ihn deshalb kein Verschulden treffe, weil er auf Anraten seines Rechtsvertreters die Agentur mit der Beschickung seines Lokals mit Tänzerinnen beauftragt habe, gehe ins Leere, weil es zu einem (gemeint: direkten) Geldfluss zwischen dem Lokalbetreiber und den Tänzerinnen gekommen sei. Der Beschwerdeführer habe selbst angegeben, dass ihm auf Grund der bei seinem Rechtsanwalt eingeholten Informationen bewusst gewesen sei, dass kein Geldfluss zwischen Lokal und Tänzerinnen erfolgen dürfe.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

III. Mit dem drittangefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 4. Juli 2006 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, als gemäß § 9 VStG verantwortliches und zur Vertretung nach außen berufenes Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) der M GmbH, ..., dafür verantwortlich zu sein, dass dieses Unternehmen in dem von ihm ebendort betriebenen Table-Dance-Lokal "M" acht näher bezeichnete Ausländerinnen in den Kalenderwochen 33 und 34 bzw. 37 und 38, hinsichtlich der dritt- und fünftgenannten Ausländerin in der Zeit vom 12. August bis 23. August 2003 beschäftigt habe, obwohl hiefür weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei.

Die belangte Behörde stellte auf Grund der von ihr durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung in diesem Bescheid folgenden Sachverhalt fest:

"Die M GmbH, ..., betreibt an der genannten Adresse ein Lokal. Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der M GmbH. Von dieser Gesellschaft wurden die im Punkt 1: genannten Ausländerinnen zu den im Punkt 1 genannten bzw. durch gegenständliches Erkenntnis abgeänderten Tatzeiträumen im Lokal beschäftigt, obwohl hierfür weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt wurde. Die Ausländerinnen erhielten Entgelte für Getränkeanimationen."

Nach Darlegung ihrer Gründe zur Beweiswürdigung kam die belangte Behörde rechtlich zu dem Schluss, das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er einen Vertrag mit der Agentur gehabt habe und die Tänzerinnen von der Agentur bezahlt worden seien, sei schon deshalb nicht von Bedeutung, weil bei sämtlichen Tänzerinnen ein direkter Geldfluss zwischen dem Lokalbetreiber und den Tänzerinnen dadurch entstanden sei, dass der Lokalbetreiber den Tänzerinnen Entgelt für Getränkeanimation ("Prämien") bezahlt habe. Damit sei aber nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bereits eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit vorgelegen. Nicht von Bedeutung sei, dass diese Prämien nicht vom Beschwerdeführer direkt an die Tänzerinnen, sondern auf dem Umweg über die Agentur bzw. eine weitere Tänzerin ergangen seien. Der weitere Einwand des Beschwerdeführers, wonach ihn deshalb kein Verschulden treffe, da er auf Anraten seines Rechtsvertreters die Agentur mit der Beschickung seines Lokales mit Tänzerinnen beauftragt habe, gehe schon deshalb ins Leere, da es zu einem Geldfluss zwischen dem Lokalbetreiber und den Tänzerinnen gekommen sei. Der Beschwerdeführer habe selbst angegeben, dass ihm auf Grund der bei seinem Rechtsanwalt eingeholten Information bewusst gewesen sei, dass kein Geldfluss zwischen Lokal und Tänzerinnen erfolgen dürfe. Würde man im gegenständlichen Fall das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses verneinen, läge aber jedenfalls eine Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte vor. Zuzufolge § 2 Abs. 3 AuslBG sei nämlich einem Arbeitgeber gleichzuhalten, wer in den Fällen des Abs. 2 lit. e Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs. 3 AÜG sei, somit Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetze. Die gegenständlichen Tänzerinnen seien von einer näher bezeichneten Agentur auf Grund eines "Gastspielvertrages" verpflichtet worden, den von der Agentur (mit den Veranstaltern) vereinbarten Auftritten nachzukommen, wobei die Tänzerinnen von der Agentur für jeden Arbeitstag eine Entlohnung in der Höhe von EUR 52,- erhalten hätten. Dies und die allgemeinen Vertragsbedingungen zum Gastspielvertrag machten deutlich, dass zwischen der Agentur und den Tänzerinnen zumindest ein arbeitnehmerähnliches Beschäftigungsverhältnis zu Stande gekommen sei, wobei der Beschwerdeführer in weiterer Folge über die Tänzerinnen habe verfügen können.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

IV. Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden Beschwerden, in welchen die Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

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

V. Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Verbindung der Beschwerden auf Grund ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung über diese in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Der Beschwerdeführer rügt in seinen im Wesentlichen inhaltsgleichen Beschwerden die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung. Dazu ist zunächst allgemein festzuhalten, dass die Beweiswürdigung ein Denkprozess ist, der nur insofern einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorganges handelt bzw. darum, ob die Beweisergebnisse, die in diesem Denkvorgang gewürdigt wurden, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden sind. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt daher der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes, nicht aber deren konkrete Richtigkeit (vgl. etwa das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053, sowie vom 24. Mai 2007, Zl. 2006/09/0196). Die Beschwerdeaussführungen in allen Beschwerden lassen aber Zweifel an der Schlüssigkeit der von der belangten Behörde detailliert dargelegten Erwägungen zur Beweiswürdigung in den angefochtenen Bescheiden nicht aufkommen.

a) In dem zur hg. Zl. 2007/09/0232 protokollierten Verfahren rügt der Beschwerdeführer auch, es seien

Entlastungszeugen zwar vernommen worden, ihre Darstellung sei aber zu Unrecht nicht in den von der Behörde festgestellten Sachverhalt übernommen worden. Die belangte Behörde hat aber bereits in ihrer Begründung zur Beweiswürdigung dargelegt, warum sie diese Zeugen die als Grundlage der behördlichen Feststellungen herangezogenen Angaben der betretenen Tänzerin zu widerlegen nicht als geeignet angesehen wurden. Die Einvernahme dieser Zeugen diene nur dem Zweck, zu klären, ob die grundsätzlich als glaubwürdig erachteten Angaben der in diesem Verfahren gegenständlichen Ausländerin mit den Beobachtungen dieser Zeugen unvereinbar wären, und nicht der Feststellung, ob allenfalls auch ein anderes Vorgehen des Beschwerdeführers möglich oder plausibel gewesen wäre. Dies hat sich jedoch aus dem im angefochtenen Bescheid näher dargelegten Gründen nicht ergeben.

b) Auch in der zur hg. Zl. 2007/09/0378 protokollierten Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, die Behörde hätte nicht vom Vorliegen von Getränkeprovisionen ausgehen dürfen, zumal zwei der in diesem Verfahren genannten fünf Ausländerinnen angegeben hätten, keine Getränkeprovision erhalten zu haben. Insoweit sich der Beschwerdeführer damit auf Widersprüche in den Angaben der Ausländerinnen bezieht, ist ihm entgegen zu halten, dass die belangte Behörde ihre diesbezüglichen Feststellungen im Wesentlichen auf die schriftliche Stellungnahme einer der Tänzerinnen vom 3. April 2006 stützte, die ausführlich zum Thema der Getränkeprovisionen Stellung nahm, die auch mit den Angaben einer weiteren dieser Tänzerinnen vor der Bezirkshauptmannschaft Bludenz am 1. August 2003 in Einklang steht. Dass zwei weitere als Zeuginnen einvernommene - von dem Verfahren aber gar nicht betroffenen Ausländerinnen - Tänzerinnen anlässlich ihrer Vernehmung vor der belangten Behörde angegeben haben, zwar ebenfalls Provisionen erhalten zu haben, jedoch nicht zu wissen, wofür, kann die eindeutige Stellungnahme der betroffenen Tänzerinnen nicht widerlegen. Wenn daher die belangte Behörde den detaillierten und schlüssigen Angaben zweier Betroffener folgt, weil sie deren Glaubwürdigkeit höher einschätzte als jene der nicht vom Verfahren betroffenen Zeuginnen, kann eine Rechtswidrigkeit der solcherart vorgenommenen Beweiswürdigung nicht erkannt werden.

c) In der zur hg. Zl. 2007/09/0379 protokollierten Beschwerde macht der Beschwerdeführer über die Wiedergabe genereller Rechtssätze hinaus überhaupt nichts Konkretes gegen die Beweiswürdigung der Behörde geltend, so dass sich auch aus diesem allgemein gehaltenen Vorbringen keine konkreten Zweifel gegen die von der Behörde vorgenommene Beweiswürdigung erheben.

2. Insoweit der Beschwerdeführer in seiner zur hg. Zl. 2007/09/0378 protokollierten Beschwerde darauf Bezug nimmt, die "Niederschriften-Personenblätter" seien ohne Hinzuziehung von Dolmetschern erfolgt und gäben aus diesem Grunde möglicherweise den Inhalt der Angaben der Ausländerinnen unrichtig wieder, so ist darauf zu verweisen, dass die belangte Behörde in diesem Verfahren ihre Feststellungen nicht auf die von den Ausländerinnen - im Übrigen selbst ausgefüllten - Personenblätter, die auch keine Niederschriften im Sinne des § 14 AVG bilden, stützte, sondern auf die in der Heimatsprache der Betroffenen (Russisch) verfasste und sodann ins Deutsche übersetzte schriftliche Stellungnahme einer der Tänzerinnen vom 3. April 2006 sowie auf die in englischer Sprache gemachten Angaben einer weiteren Tänzerin vor der Bezirkshauptmannschaft Bludenz am 1. August 2003, die dieser Sprache offenkundig mächtig war. Darauf, ob bei Verfassung der Personenblätter anlässlich der Kontrolle Dolmetscher beigezogen waren, kommt es somit gar nicht entscheidend an.

3. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde gegen den erstangefochtenen Bescheid auch geltend, die Zugrundelegung der Angaben der betroffenen Ausländerin sei unzulässig gewesen, da diese zu Unrecht verlesen worden seien, weil diese vor dem Landesgendarmierikommando wegen des Verdachtes auf Verletzung des Suchtmittelgesetzes aufgenommen worden sei.

Gemäß § 51g Abs. 3 VStG dürfen Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten oder von Zeugen sowie die Gutachten der Sachverständigen nur verlesen werden, wenn

1. die Vernommenen in der Zwischenzeit verstorben sind, ihr Aufenthalt unbekannt ist oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit oder wegen entfernten Aufenthaltes oder aus anderen erheblichen Gründen nicht verlangt werden kann oder
2. die in der mündlichen Verhandlung Vernommenen in wesentlichen Punkten von ihren früheren Aussagen abweichen oder

3. Zeugen, ohne dazu berechtigt zu sein, oder Beschuldigte die Aussage verweigern oder

4. alle anwesenden Parteien zustimmen.

Aus den im Verfahren über die Beschwerde gegen den erstangefochtenen Bescheid vorgelegten Verwaltungsakten ergibt sich, dass die belangte Behörde - wie auch in den den beiden anderen angefochtenen Bescheiden zu Grunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren - jeweils vergeblich versucht hat, mit den Ausländerinnen in Kontakt zu treten. In dem dem erstangefochtenen Bescheid zu Grunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren fand sich keine inländische Postanschrift der dieses Verfahren betreffenden Ausländerin mehr, eine Postanschrift im Ausland war unbekannt. Damit lag aber die Voraussetzung des § 51g Abs. 3 Z. 1 zweiter Fall VStG vor, wobei es unerheblich ist, in welchem Verfahren die verlesene Niederschrift aufgenommen wurde, weil das Gesetz eine Einschränkung auf jenes Verfahren, in dem das Verlesene verwertet wird, nicht kennt.

Anders als in den dem zweit- und dem drittangefochtenen Bescheid zu Grunde liegenden Verfahren konnte die belangte Behörde ihre - den Beschwerdeführer belastenden - Feststellungen aber in den für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Punkten ausschließlich auf jene Vernehmung der Ausländerin vor dem Landesgendarmierikommando für Vorarlberg vom 4. Dezember 2003 stützen, die sodann im Verfahren vor der belangten Behörde - infolge eines von den Parteien des Verfahrens erklärten Verlesungsverzichtes im Sinne des § 51i VStG - als verlesen zu gelten hatte. Die Angaben der von der belangten Behörde vernommenen Entlastungszeugen wertete sie als unglaubwürdig, so dass einzig die als verlesen zu geltenden Angaben der Ausländerin zur Verurteilung des Beschwerdeführers führte. In dieser Konstellation ist jedoch auch auf Art. 6 EMRK Bedacht zu nehmen.

Nach Art 6 Abs1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht. Nach Abs. 3 lit. d dieser Bestimmung hat jeder Angeklagte mindestens das Recht, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken.

Zwar ist es grundsätzlich nicht in jedem Fall mit Art 6 Abs. 1 oder Abs. 3 lit. d EMRK unvereinbar, wenn in einer mündlichen Verhandlung aus einem anderen Verfahren gewonnene Aussagen verlesen werden, auf die die Entscheidung in der Folge Bezug nimmt. In der Verwertung dieser Aussagen müssen jedoch die Verteidigungsrechte beachtet werden. In der Regel verlangen diese Rechte, dass der Angeklagte eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhält, die Glaubwürdigkeit eines gegen ihn aussagenden Zeugen grundsätzlich in Frage zu stellen; sei es in dem Zeitpunkt, in dem der Zeuge die Aussage ablegt, sei es zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens (vgl. u.a. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 19. Juni 2002, B 1404/01, Slg. 16554, mit weiteren Verweisen).

Die maßgebliche Zeugenaussage der Ausländerin wurde in dem dem erstangefochtenen Bescheid zu Grunde liegenden Verfahren anlässlich einer nichtöffentlichen Vernehmung vor dem Landesgendarmierikommando für Vorarlberg abgegeben, bei der der Beschwerdeführer nicht anwesend war. Ihm war auf diese Weise jegliche Möglichkeit genommen, diese Zeugin in einer kontradiktorischen mündlichen Verhandlung zu befragen, auf deren Aussagen sich die belangte Behörde aber in der Folge bei der Feststellung des von ihr als entscheidungserheblich erachteten Sachverhalts ausschließlich gestützt hat. Damit belastete sie aber den erstangefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben war.

Anders lag das dem zweitangefochtenen Bescheid zu Grunde liegende Verfahren, in welchem die belangte Behörde ihre Tatsachenfeststellungen nicht nur auf verlesene Zeugenaussagen (siehe unten zu Pkt. 4.) stützen konnte, sondern auch auf die Angaben der unmittelbar vernommenen Kontrollorgane sowie zweier - nicht fallgegenständlicher - Kolleginnen der betretenen Ausländerinnen. Dadurch blieb es dem Beschwerdeführer unbenommen, seine Parteienrechte - etwa durch Befragung der Zeugen - in diesem Verfahren zu wahren. In seiner zur hg. Zl. 2007/09/0379 protokollierten Beschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner diesbezüglichen Parteienrecht nicht.

4. In der zur hg. Zl. 2007/09/0378 protokollierten Beschwerde rügt der Beschwerdeführer, die Zugrundelegung der Angaben der betroffenen Ausländerinnen sei unzulässig gewesen, weil diese nicht verlesen worden seien. Die im zweitangefochtenen Bescheid genannten Ausländerinnen hatten zwar keine inländische Wohnadresse, doch konnte die belangte Behörde die ausländischen Anschriften der Tänzerinnen eruieren und verfasste in diesem Verfahren im

Sinne der hg. Judikatur (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, ZI. 2000/09/0073, m.w.N.) Anfragen an die Ausländerinnen mit dem Ersuchen um schriftliche Stellungnahme. Lediglich eine Ausländerin antwortete mit Schreiben vom 3. April 2006. Eine Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kann daher im Grunde des § 51g Abs. 3 VStG nicht erkannt werden. Die Verlesung der niederschriftlichen Angaben der Ausländerinnen wäre im Sinne dieser Bestimmung daher zulässig gewesen. Denn Versuche, mit den Zeuginnen in Kontakt zu treten und ihr persönliches Erscheinen in der mündlichen Verhandlung zu erwirken, hat die belangte Behörde jedenfalls unternommen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, ZI. 2005/09/0162). Dass diese Aussagen tatsächlich nicht verlesen wurden, hatte seine Begründung in dem - zulässigerweise erklärten -

Verlesungsverzicht im Sinne des § 51i VStG. In diesem Verfahren war damit auch keine Verletzung des Rechtes auf ein faires Verfahren im Sinne des Art. 6 EMRK verbunden, weil - wie oben bereits dargelegt - die belangte Behörde ihre Feststellungen hier auch auf die unter Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zu Stande gekommenen Aussagen der Kontrollorgane stützen konnte.

5. Insoweit der Beschwerdeführer sein mangelndes Verschulden behauptet, ist er auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG zu verweisen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann 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.

Die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG gehört, da zu ihrer Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist, zu den so genannten "Ungehorsamsdelikten", bei denen im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Abs. 1 VStG der Täter zu beweisen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. Mai 2007, ZI. 2006/09/0086, und die dort wiedergegebene Judikatur). Der Beschwerdeführer hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und nachzuweisen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich mit den Normen des AuslBG soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist. Der Beschwerdeführer weist in diesem Zusammenhang darauf hin, er habe Agenturverträge über Anraten seines Rechtsbeistandes abgeschlossen, sodass er von der Legalität seines Vorgehens ausgehen könne, er habe sich daher in einem Rechtsirrtum befunden. Dem ist aber entgegen zu halten, dass dann, wenn über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel bestehen, der Arbeitgeber (Beschäftiger) einer ausländischen Arbeitskraft verpflichtet ist, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Auf die Auskunft von Rechtsanwälten allein darf sich der Arbeitgeber (Beschäftiger) jedenfalls nicht verlassen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 23. November 2005, ZI. 2004/09/0168, und vom 2. Oktober 2003, ZI. 2003/09/0126). In diesem Sinne hätte der Beschwerdeführer unter Vorlage der beabsichtigten vertraglichen Regelungen mit den Ausländerinnen konkrete Auskunft beim zuständigen AMS einholen müssen, um vom Vorwurf eines verwaltungsstrafrechtlichen Verhaltens gemäß § 5 VStG befreit zu werden.

6. Der Beschwerdeführer sieht die inhaltliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide darin, dass er die in Rede stehenden Tänzerinnen im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG weder "beschäftigt" noch "in Anspruch genommen" habe.

Nach § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 126/2002, gilt als Beschäftigung 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.

Nach Abs. 4 erster Satz dieser Gesetzesbestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG 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 notwendigerweise 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 (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. April 2006, Zl. 2005/09/0021). Eine Tätigkeit als "Table-Tänzerin" in einem Barbetrieb oder Nachtclub - wie im Beschwerdefall - wird in der Regel in ähnlicher wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit erbracht, wie in einem Arbeitsverhältnis (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0157, m.w.N.). In einem solchen Fall ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Angesichts der planmäßigen Eingliederung der betreffenden Tänzerinnen in die (hier: vom Beschwerdeführer zu verantwortende) Betriebsorganisation ist ihre Tätigkeit diesem Unternehmen zuzurechnen. Dabei ist es unerheblich, ob die Ausländerinnen für von ihnen vorzunehmende Getränkeanimationen Provision erhalten haben oder von dem von ihnen kassierten "Auftrittshonorar" Anteile an den Beschwerdeführer abführen mussten: durch diese faktisch geübten Praktiken wird weder ein bestehender Entgeltanspruch in Frage gestellt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. Mai 2006, Zl. 2004/09/0043), noch vermöchte es etwas am Charakter von Zahlungen als Entgelt zu ändern, wenn dieses - oder wesentliche Teile desselben - faktisch unmittelbar durch Dritte (z.B. unmittelbar durch die konsumierenden Gäste) geleistet würde (zur Dienstgebereigenschaft trotz Verweisung auf eine Entgeltleistung Dritter vgl. z.B. § 35 Abs. 1 ASVG). Die Tätigkeit der Ausländerinnen in ihrer Gesamtheit stellte im vorliegenden Fall angesichts der wirtschaftlichen und organisatorischen Verknüpfung aller ihrer Aspekte mit dem Betrieb des Beschwerdeführers - von der Beistellung der Wohnmöglichkeit bis zu der angestrebten, durch die Tätigkeit der Ausländerin als Table-Tänzerin erreichten Steigerung der Attraktivität des vom Beschwerdeführer betriebenen Lokals - eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG dar. An der Arbeitnehmerähnlichkeit der betroffenen Ausländerinnen ändert auch die Ein- bzw. Zwischenschaltung einer Agentur im Hinblick auf § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG nichts, weil zufolge § 2 Abs. 2 und 3 AuslBG Arbeitgeber auch derjenige ist, der im Rahmen des Dienstverhältnisses über die Arbeitskraft eines anderen verfügen kann (vgl. hierzu die hg. Erkenntnisse vom 6. März 1997, Zl. 95/09/0250, und vom 13. Februar 1997, Zl. 95/09/0155).

7. Insoweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, die vermittelnde Agentur hätte die erforderliche Bewilligung beantragen müssen, ist zu erwidern, dass für die vorliegende Bestrafung des Beschwerdeführers nach dem AuslBG entscheidend war, dass die Ausländerinnen in seinem Betrieb - entweder durch ihn selbst als unmittelbarer Arbeitgeber oder durch ihn als Beschäftiger einer bloß überlassenen Arbeitskraft - verwendet wurden (§ 2 Abs. 2 lit. a bis e AuslBG) und es ihm sowohl im Falle einer direkten Beschäftigung als Arbeitgeber als auch im Falle bloß überlassener Arbeitskräfte als Beschäftiger oblegen wäre, die erforderlichen Bewilligungen einzuholen.

Aus diesen Gründen waren die Beschwerden gegen den zweit- und den drittangefochtenen Bescheid als unbegründet gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandersatzerordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 6. März 2008

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2007090232.X00

**Im RIS seit**



30.04.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

08.01.2013

**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)