

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/5/29 2004/09/0043

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.05.2006

## Index

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

## Norm

ABGB §879;  
AuslBG §2 Abs2 litb;  
AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs4;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a idF 2002/I/068;  
AuslBG §28 Abs7;  
AuslBG §29 Abs1;  
AuslBG §3 Abs1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Blaschek und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde des M in W, vertreten durch Dr. Wolfgang Ulm, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Biberstraße 3/8, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 10. Dezember 2003, Zl. UVS-07/A/3/6806/2003, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien: Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Bundeshauptstadt Wien (Magistratisches Bezirksamt für den 13./14. Bezirk) vom 9. Juli 2003 wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der M HandelsgesmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als

Arbeitgeberin mit Sitz in W, L-Straße, am 9. Oktober 2002 um 18:20 Uhr im Gastgewerbebetrieb (Betriebsart Bar) in W, L-Straße, zwei namentlich bezeichnete Ausländerinnen, TH und AT, beide ungarische Staatsangehörige, als Animierdamen beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländerinnen weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Wegen der Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) wurde über ihn (insgesamt) eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 4.200,--, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von zwei Wochen verhängt und ihm ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens auferlegt.

In der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer gehört und der Meldungsleger Bzl L, sowie Frau L, die Bardame der M Bar und Herr S zeugenschaftlich einvernommen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass über den Beschwerdeführer "zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 2.100,--, sowie für den Fall der Uneinbringlichkeit zwei Ersatzfreiheitsstrafen in der Höhe von jeweils einer Woche verhängt" wurden.

Nach Darstellung des bisherigen Verwaltungsgeschehens, auszugsweiser Wiedergabe der Aussagen in der mündlichen Verhandlung, sowie der Rechtslage, begründete die belangte Behörde ihre Entscheidung im Wesentlichen zusammengefasst wie folgt:

Aufgrund der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Bzl L sei davon auszugehen, dass dieser die gegenständlichen Ausländerinnen in der Bar in Animierkleidung angetroffen habe. Die Ausländerinnen hätten dem Zeugen gegenüber angegeben, dass sie zwar im Lokal selbstständig agieren hätten können, jedoch Prozente abzuliefern gehabt hätten, dies habe er wahrheitsgemäß in der Anzeige festgehalten. Es bestehe auch kein erkennbarer Grund, warum die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen dies gegenüber dem Beamten wahrheitswidrig hätten angeben sollen. Als erwiesen werde auch angenommen, dass die Zeugin L unmittelbar vor Ort im Zuge der Amtshandlung selbst angegeben habe, die Frauen arbeiteten "in Eigenregie" als Animierdamen. Erst nachfolgend habe sie, entsprechend der Rechtfertigung des Beschwerdeführers behauptet, dass es sich bei den Frauen um Gäste gehandelt habe. Die im Lokal anwesenden Frauen seien auch der Aufsicht durch das Personal des Beschwerdeführers unterlegen, die soweit gehe, dass sie sich in Listen einzutragen gehabt hätten und dass bei Auffälligkeiten auf Weisung des Beschwerdeführers die weitere Tätigkeit im Lokal untersagt würde. Letztlich komme auch die Animierleistung der Frauen der vom Unternehmen des Beschwerdeführers geführten Bar zugute. Die Diskrepanz zwischen der Aussage der Zeugin L im Zuge der Amtshandlung, die Frauen hätten für die Stunde im Separee von den Gästen EUR 150,-- kassiert, und der Aussage des Beschwerdeführers, ein Gast müsse, um eine Stunde ein Separee benützen zu dürfen, eine Flasche Sekt um EUR 73,-- bezahlen, erkläre sich unschwer dadurch, dass die Differenz den Anteil der Frau für ihre im Separee erbrachten Leistungen darstelle und das Entgelt hiefür durch den Konsumationszwang und die Festsetzung der Flaschenpreise bestimmt sei. Auf Grund der glaubwürdigen Angaben des Zeugen Bzl L in Zusammenhalt mit den Angaben in der Anzeige und den Aussagen des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung sei weiters erwiesen, dass die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen eines von mehreren Zimmern in einem an die Bar angrenzenden, durch diese erreichbaren und gleichfalls im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Haus bewohnt und dort auch ihre persönlichen Gegenstände untergebracht hätten. Über diese Schlüssel verfüge die Barfrau. Diese Zimmer seien bei Bedarf Gästen der Bar zur Verfügung gestellt und auch vom Reinigungspersonal der die Bar betreibenden GesmbH gereinigt worden, sodass es sich - im Sinne der Feststellungen der erstinstanzlichen Behörde - um Betriebsräume der Bar gehandelt habe. Diese seien auch im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich gewesen, sondern nur nach vorheriger besonderer Erlaubnis durch das Barpersonal. Die beantragte Einholung des Betriebsanlagenaktes sei nicht geeignet gewesen, diese auf die tatsächliche Verwendung dieser Räumlichkeiten gegründete Feststellung zu entkräften. Auch die Durchführung des beantragten Lokalaugenscheines sei nicht geeignet gewesen, Feststellungen über die Verwendung dieser Räume im Oktober 2002 zu erlangen. Daher sei diesen Anträgen nicht nachzukommen gewesen.

Der Meldungsleger, Bzl L, der im unmittelbaren Eindruck unbefangen, sachlich, korrekt und persönlich glaubwürdig gewirkt habe, hätte insbesondere den Berufungswerber sowie die Zeugin L und den Zeugen S an persönlicher Glaubwürdigkeit bei weitem übertroffen. Der Beschwerdeführer habe persönlich unglaublich gewirkt, seine Aussagen seien ausweichend und hinhaltend gewesen, er sei mehrmals erkennbar bemüht gewesen, von ihm

gemachte Aussagen nachfolgend abzuändern, wenn er den Eindruck gehabt habe, diese könnten ihn belasten. Teilweise sei der Beschwerdeführer über seine eigenen Aussagen, etwa dann, wenn er, an Mutwillen grenzend, behauptet habe, der Vorteil der in seiner Bar anwesenden Frauen wäre darin gelegen, jemanden kennen zu lernen und später zu heiraten, selbst amüsiert gewesen. Die Zeugin L habe persönlich unglaubwürdig und instruiert gewirkt, meist habe sie vorgegeben, von nichts zu wissen oder sich nicht erinnern zu können und sie sei bemüht gewesen, den Beschwerdeführer, zu dem sie in einem langjährigen Abhängigkeitsverhältnis stehe, nicht zu belasten. Gleiches gelte für den Zeugen S, der im unmittelbaren Eindruck gleichfalls unglaubwürdig und instruiert gewirkt habe und erkennbar bemüht gewesen sei, die Darstellung des Beschwerdeführers nicht unglaubwürdig erscheinen zu lassen.

Rechtlich führte die belangte Behörde unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes aus, dass die Tätigkeit als Animierdame in Barbetrieben oder vergleichbaren Etablissements eine Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG darstelle. Der Aufenthalt von jungen, nur mit Slip und BH bekleideten, im Wesentlichen mittellosen Ausländerinnen, die in einem Hinterzimmer der Bar ihre Privatkleidung in einem Spind aufbewahrten, erfülle den Tatbestand des § 28 Abs. 7 AuslBG, dies gelte nach Ansicht der belangten Behörde umso mehr, wenn junge, leicht bekleidete, mittellose in der Bar Animiertätigkeit ausübende Ausländerinnen während der Ausübung ihrer Tätigkeit ihre persönlichen Gegenstände in einem von mehreren an die Bar angrenzenden und ansonsten bei Bedarf zur Übernachtung für Gäste dienenden Zimmern verwahrten. Bei der zusammenfassenden Würdigung der vorliegenden Beweisergebnisse seien daher die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen als erwiesen anzusehen gewesen. Zum Berufungsvorbringen, wonach es ausgeschlossen sei, dass den Beschwerdeführer ein Verschulden treffe, sei auf § 5 Abs. 2 VStG zu verweisen, wonach die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwider gehandelt habe, nur dann entschuldige, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet sei und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen habe können. Unkenntnis könne nur dann als unverschuldet angesehen werden, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben sei. Wer ein Gewerbe betreibe, sei verpflichtet, sich vor Ausübung über die das Gewerbe bezeichneten Vorschriften zu unterrichten. In diesem Zusammenhang könne zwar die unrichtige Auskunft eines behördlichen Organs für die Beurteilung der Schuldfrage von Bedeutung sein, doch müsse die unrichtige Auskunft von einem Organ der zuständigen Behörde erteilt worden sein, um Straflosigkeit nach § 5 Abs. 2 VStG bewirken zu können. Das Verharren in einer unrichtigen Rechtsauffassung trotz Kenntnis der dieser widersprechenden richtigen Rechtsauffassung könne den Täter nicht entschuldigen. Es bestehe für den Arbeitgeber die Verpflichtung, sich ua auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtslage Rechtsunsicherheit bestehe, berechtige nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die günstigere Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen. Der Verwaltungsgerichtshof habe schon mehrere Jahre vor der im vorliegenden Fall angelasteten Tatzeit in einer Reihe von Erkenntnissen unmissverständlich dargelegt, dass die Tätigkeit der Animierdame in Barbetrieben oder vergleichbaren Etablissements eine Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG darstelle. Die Frage, ob die Ausländerinnen als Animierdamen bei der Sozialversicherung hätten angemeldet werden können bzw. ob Anmeldungen beim zuständigen Sozialversicherungsträger gescheitert wären, sei für die Beurteilung, ob ein Beschäftigungsverhältnis nach dem AuslBG vorgelegen sei, nicht erheblich. Die vom Beschwerdeführer eingeholten Rechtsauskünfte seien daher im Hinblick auf die schon durch mehrere Jahre ergangene, im angefochtenen Bescheid auszugsweise wiedergegebene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entbehrlich gewesen. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung weder konkret behauptet noch glaubhaft gemacht, auf die von ihm vorgelegten Urkunden im Tatzeitpunkt tatsächlich vertraut zu haben, zumal er nicht einmal angeben habe können, wann und wie er in Kenntnis der von ihm vorgelegten Schreiben gekommen sei.

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

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 i.d.F. BGBl. I Nr. 68/2002 (AuslBG), begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren

Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 leg. cit. einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafen von EUR 1.000,-- bis zu EUR 5.000,-- im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 4.000,-- bis zu EUR 25.000,--.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die beiden ungarischen Staatsangehörigen zu dem im angefochtenen Bescheid bezeichneten Zeitpunkt als Animierdamen in der Bar M tätig waren. Ebenso lässt der Beschwerdeführer die Feststellung der belangten Behörde unbestritten, dass er hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des AuslBG für die M HandelsgesmbH als zur Vertretung nach außen hin berufener handelsrechtlicher Geschäftsführer verantwortlich war.

Unter dem Gesichtspunkt der inhaltlichen Rechtswidrigkeit bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Er habe sich als handelsrechtlicher Geschäftsführer nicht nur laufend mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung vertraut gemacht, sondern darüber hinaus sogar schriftliche Rechtsauskünfte bei der zuständigen Behörde eingeholt. Er habe eine Stellungnahme des Landesarbeitsamtes Wien vom 23. September 1992 vorgelegt, wonach die Tätigkeit von Animierdamen keiner Bewilligung nach dem AuslBG bedürfe, diese Auskunft sei ihm auch durch ein weiteres Schreiben des Arbeitsmarktservices vom 21. August 2001 bestätigt worden.

Dieses Vorbringen führt nicht zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides und insofern wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf das hg. Erkenntnis vom 24. April 2006, Zl.2003/09/0059, verwiesen, mit welchem der Verwaltungsgerichtshof eine gleichgerichtete Argumentation des Beschwerdeführers bereits beantwortet hat.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht der Beschwerdeführer geltend, dass die belangte Behörde seinen Beweisanträgen nicht nachgekommen sei. Insbesondere sei auf die Einholung des Betriebsanlagenaktes sowie die Durchführung eines Lokalaugenscheines zum Beweis dafür, dass die Zimmer keine Betriebsräume der Bar seien, was zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich der Anwendbarkeit des AuslBG geführt hätte, verzichtet worden. Die getroffenen Feststellungen, dass die Zimmer zur Bar gehörige Betriebsräume wären, seien aktenwidrig.

Damit zeigt der Beschwerdeführer schon deswegen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf, weil die Frage, ob es sich bei den gegenständlichen Zimmern um Betriebsräume der Bar gehandelt hat, im vorliegenden Fall deswegen nicht von Relevanz gewesen ist, weil die Ausländerinnen weder nach den Feststellungen der belangten Behörde noch nach Ansicht des Beschwerdeführers in diesen Räumen im Sinne des § 28 Abs. 7 AuslBG "angetroffen" wurden. Nur dann, wenn dies der Fall gewesen wäre, wenn sie also in diesen Räumen betreten worden wären, käme die Anwendung dieser Bestimmung im vorliegenden Fall in Betracht. Im vorliegenden Fall wurden die Ausländerinnen jedoch "in der Bar" angetroffen; sie sind zunächst vor dem einschreitenden Verwaltungsorgan in den Keller davongelaufen und haben es erst in der Folge in die Zimmer geführt. Sie wurden daher in diesen Zimmern nicht im Sinne des § 28 Abs. 7 AuslBG angetroffen.

Die Animiertätigkeit (allenfalls bei gleichzeitiger Ausübung der Prostitution) von Ausländerinnen in einem Nachtclub oder ähnlichen Lokalitäten unter Beteiligung am Umsatz (auch an den verkauften Getränken) ist auf Grund der wirtschaftlichen Gestaltung eines solchen Beschäftigungsverhältnisses als Verwendung unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie Arbeitnehmer zu qualifizieren (vgl. das Erkenntnis vom 30. Juni 2004, Zl. 2001/09/0124, mit zahlreichen Hinweisen auf die Vorjudikatur - so insbesondere auch schon VwSlg. 14161 A/1994; vgl. auch das den Beschwerdeführer betreffenden Erkenntnis vom 24. April 2006, Zl. 2003/09/0059, mit einem im Wesentlichen gleich gelagerten Sachverhalt). In diesem Sinne kommt es auch nicht mehr entscheidend darauf an, ob die Ausländerinnen im Beschwerdefall als "Animierdamen", "Tänzerinnen" und/oder "Prostituierte" aufgetreten sind. Die Tätigkeit von Animierdamen in einem Nachtclub kann nach ständiger Rechtsprechung als zumindest in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erfolgte Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG angesehen werden (vgl. zB. das Erkenntnis vom 21. Mai 2003, Zl. 2000/09/0010, unter Hinweis auf jenes vom 21. Februar 2001, Zl.99/09/0134, m.w.N.).

Obgleich die Tätigkeit eines Animiermädchen somit typischerweise in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen

Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wird, unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall von den bisher entschiedenen dadurch, dass die belangte Behörde keine Entgeltzahlungen des Beschwerdeführers an die Mädchen, sondern - insoweit der Darstellung des Beschwerdeführers folgend - nur festgestellt hat, dass die Animiermädchen Prozente von den Einkünften abzuliefern hatten, die sie durch die Prostitution mit den Gästen in der Bar des Beschwerdeführers erzielten.

In organisatorischer Hinsicht waren die Ausländerinnen nach den Feststellungen der belangten Behörde in den Barbetrieb eingebunden. Sie hatten sich in Listen einzutragen, unterstanden der Aufsicht des Personals der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH, wohnten in einem an die Bar angrenzenden, durch diese erreichbaren Haus des Beschwerdeführers und hielten sich in berufstypischer Kleidung unbestritten in der Bar auf. Durch diese Merkmale unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von jenem, der dem hg. Erkenntnis vom 14. November 2002, Zl. 2001/09/0103, zu Grunde lag.

Bei dieser Sachlage ist in rechtlicher Hinsicht von Bedeutung, dass die Behörde weder festgestellt hat, dass der Beschwerdeführer mit den betreffenden Ausländerinnen hinsichtlich der von diesen in seiner Bar durchgeführten Animiertätigkeit (die dem Betrieb des Beschwerdeführers in Form des entsprechenden Konsumationsumsatzes zugute gekommen ist) Unentgeltlichkeit vereinbart hat, geschweige denn, dass ein Motiv behauptet worden oder auch nur erkennbar wäre, welches eine solche Vereinbarung als plausibel und sachlich gerechtfertigt erscheinen ließe (vgl. das Erkenntnis vom 30. Jänner 2006, Zl. 2004/09/0217, mit ausführlicher Begründung). Die Animiermädchen hatten daher unabhängig davon, ob ihnen der Beschwerdeführer - wie im Falle des denselben Beschwerdeführer betreffenden Erkenntnisses vom 24. April 2006, Zl. 2003/09/0059 - eine "Gage" bezahlte oder nicht, und unabhängig davon, ob ein Dienstverhältnis oder ein freies Dienstverhältnis bzw. ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorlag, Anspruch auf angemessenes Entgelt (vgl. auch § 29 Abs. 1 AuslBG).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer es den Animiermädchen nach seiner Darstellung ermöglichte, gleichzeitig der Prostitution nachzugehen. Angesichts des festgestellten Sachverhaltes bedarf es keiner weiteren Erörterung, dass eine Vereinbarung, die im Sinne der Behauptungen des Beschwerdeführers der Sache nach darauf hinausliefe, die im Barbetrieb als Animiermädchen beschäftigten Personen an Stelle des gebührenden angemessenen Entgelts auf die Möglichkeit der ihnen durch den Barbetrieb eröffneten Erwerbschance als Prostituierte zu verweisen, ebenso sittenwidrig und daher nichtig wäre (§ 879 ABGB), wie die von der belangten Behörde in diesem Zusammenhang festgestellte Provisionsbeteiligung an den Einkünften, welche diese Mädchen aus der Prostitution erzielt haben.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandsatzverordnung BGBI. II Nr. 333/2003.

Wien, am 29. Mai 2006

#### **Schlagworte**

Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

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

ECLI:AT:VWGH:2006:2004090043.X00

#### **Im RIS seit**

06.07.2006

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.01.2009

**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)