

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/11/14 99/09/0167

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.11.2002

## **Index**

60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## **Norm**

AuslBG §2 Abs2 litb;

AuslBG §2;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;

AuslBG §3 Abs1;

## **Beachte**

Serie (erledigt im gleichen Sinn):99/09/0207 E 14. November 2002

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Lamprecht, über die Beschwerde des M in N, vertreten durch Mag. Wolfgang Auner, Rechtsanwalt in 8700 Leoben, Parkstraße 1/I, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 12. Juli 1999, Zi. UVS 303.12-26/98, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (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 332,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark (der belangten Behörde) vom 12. Juli 1999, mit dem der Beschwerdeführer der Übertretung des § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG für schuldig erkannt wurde, als verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortlicher und Inhaber des Gewerbebetriebes M in der Betriebsart Bar mit Standort S und als Arbeitgeber die NN, eine tschechische Staatsangehörige, als Animierdame vom 3.7.1998 bis 28.7.1998, die DL, eine tschechische Staatsangehörige, als Animierdame und als Tänzerin vom 14.7.1998 bis 28.7.1998, die GP, eine tschechische Staatsangehörige, als Animierdame vom 10.6.1998 bis 28.7.1998, die TB, eine ungarische Staatsangehörige, als Animierdame vom 24.6.1998 bis 28.7.1998, die JB, eine ungarische Staatsangehörige, als

Animierdame vom 21.7.1998 bis 28.7.1998, und die TV, eine kolumbianische Staatsangehörige, als Prostituierte und Animierdame von Mitte Juli 1998 bis 28.7.1998 beschäftigt zu haben, da für diese Personen keine Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung vorhanden gewesen und diese Personen auch nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines gewesen seien. Wegen dieser Übertretungen in sechs Fällen wurden über den Beschwerdeführer nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG Geldstrafen in der Höhe von S 35.000,-- (hinsichtlich der NN), von zwei Mal S 30.000,-- (hinsichtlich der DL und TV), von zwei Mal S 40.000,-- (hinsichtlich der GP und TB) und von S 25.000,-- (hinsichtlich der JB) sowie Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils zwei Tagen verhängt und ihm Verfahrenskosten von insgesamt S 24.300,-- auferlegt.

Der angefochtene Bescheid wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Beschwerdeführer Gastwirt in N sei und daneben mehrere Nachbars habe. Er betreibe unter anderem als Einzelunternehmer die Bar M in S. Das Lokal sei täglich von 11.00 bis 16.00 Uhr und 20.00 bis 5.00 oder 6.00 Uhr in der Früh geöffnet. Als Kellner hätten abwechselnd der rumänische Staatsbürger MT und die rumänische Staatsbürgerin MR, selten auch ein gewisser H, Dienst gemacht.

NN, DL, GP, TB und JB seien zu den angegebenen Zeiten als Animierdame bzw. Animierdame und Tänzerin tätig gewesen. TV sei von Mitte Juli 1998 bis 28. Juli 1998 als Animierdame, Tänzerin und Prostituierte tätig gewesen. Alle Damen wären bei der Kontrolle entsprechend spärlich bekleidet gewesen.

Für das Animieren der Gäste hätten die Ausländerinnen je nach Getränk verschieden hohe Geldzahlungen, so beispielsweise für einen Cocktail S 80,-- und für eine Flasche Sekt S 300,-- erhalten. TV habe für einen Piccolo-Sekt, der S 300,-- gekostet habe, zwischen S 40,-- und 60,-- erhalten. Für einen Cocktail, der S 300,-- gekostet habe, habe sie ungefähr den gleichen Anteil bekommen. Baccardi und Whisky hätten jeweils S 200,-- gekostet, hiefür habe sie etwa S 30,-- erhalten. Eine Flasche Sekt habe S 1.500,-- gekostet, wovon sie S 500,-- bekommen habe.

GP, JB und TV hätten auf Wunsch der Gäste in der Bar getanzt, JB habe je nach Anzahl der Gäste drei oder vier Auftritte täglich gehabt. Sie sei hiefür von den Gästen direkt mit einem Trinkgeld in Höhe von S 100,-- bis S 200,-- pro Auftritt entlohnt worden. TV habe auch die Prostitution ausgeübt und dafür vom Guest S 1.500,-- für eine halbe, S 3.000,-- für eine ganze Stunde kassiert. Hieron habe sie S 1.000,-- erhalten und S 500,-- an den Beschwerdeführer für die Benützung des Zimmers weitergegeben. Sie sei verpflichtet gewesen, mit Kondomen zu arbeiten. Wenn ein Guest dies verweigert hätte, hätte er mit dem Beschwerdeführer Schwierigkeiten bekommen.

In 14 Tagen hätte TV zwischen S 25.000,-- und S 26.000,-- verdient.

DL habe am 28. Juli 1998 an Barmitteln S 25.000,--,

GP S 7.300,--, TB S 53.000,-- und JB S 600,-- bei sich gehabt.

Mit Ausnahme von TV seien sämtliche Ausländerinnen jeweils zu zweit in einem Zimmer im Gebäude der Bar untergebracht gewesen.

Für keine der Ausländerinnen sei eine nach dem AuslBG erforderliche Bewilligung vorgelegen.

Als Beweismittel habe die belangte Behörde die in der von ihr durchgeföhrten Verhandlung am 27. Mai 1999 durch den Meldungsleger, Gruppeninspektor MS vom Gendarmerieposten Mürzzuschlag, und die beiden Gäste der Bar M, RP und KM, getätigten Zeugenaussagen herangezogen. Beim zweiten Verhandlungstermin am 8. Juli 1999 seien die in der Bar M als Tänzerin beschäftigt gewesene rumänische Staatsbürgerin mit Befreiungsschein, VS, und die als Kellnerin dort beschäftigte rumänische Staatsbürgerin MR einvernommen worden. Der rumänische Kellner, die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen (fünf von ihnen seien Ladungen an bekannten Auslandsadressen erfolglos zugestellt worden) und der Beschwerdeführer seien zu den Verhandlungsterminen nicht erschienen. Letzterer sei ordnungsgemäß geladen worden, der Beschwerdevertreter habe auf seine Einvernahme verzichtet, die belangte Behörde habe diese für nicht notwendig erachtet und daher auf eine weitere Vertagung gemäß § 51 h Abs. 1 VStG verzichtet.

Für die Anwendbarkeit des AuslBG reiche der Nachweis, dass es sich beim beschäftigten Ausländer um eine arbeitnehmerähnliche Person handle. Zur Charakterisierung arbeitnehmerähnlicher Personen komme es auf die wirtschaftliche Unselbständigkeit oder Fremdbestimmtheit an. Zu prüfen sei dabei, ob das konkrete und genau erhobene Gesamtbild der Tätigkeit, die eine Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leiste, so beschaffen sei, dass sich die betreffende Person im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber wirtschaftlich in einer ähnlichen Situation

befinde, wie dies beim persönlich abhängigen Arbeitnehmer typischerweise der Fall sei oder darüber hinausgehend eine persönliche Abhängigkeit vorliege. Die Kriterien, die möglicherweise zur Bestimmung der wirtschaftlichen Unselbständigkeit relevant sein könnten, müssten nicht lückenlos verwirklicht sein, sondern die Gewichtung der vorhandenen Merkmale in einem Gesamtbild entscheide darüber, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliege oder nicht. Dies bedeute nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen Merkmals durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines oder mehrere anderer Merkmale ausgeglichen bzw. "überkompensiert" werden könne.

Im gegenständlichen Fall seien die Ausländerinnen während der gesamten Tatzeit ausschließlich in der gegenständlichen Bar tätig und dort auch (mit Ausnahme der TV) untergebracht gewesen. Sie hätten aus dem Animieren und teilweise dem Tanzen und, im Fall der TV, wahrscheinlich aber auch in den übrigen Fällen, aus der Prostitution ein bedeutendes Einkommen erzielt. Das "sachliche Substrat" sei zur Gänze vom Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt worden, er habe die Öffnungszeiten festgelegt und den Betriebsablauf bestimmt. Sie seien im selben Gebäude untergebracht gewesen, wodurch auch eine enge Bindung an den Betrieb entstanden sei. Bei TV sei insbesondere die Verwendung von Kondomen für die Ausführung des Geschlechtsverkehrs verbindlich vorgeschrieben gewesen. Sie habe den Preis von S 1.500,-- bzw. S 3.000,-- für eine halbe Stunde bzw. eine Stunde hiebei nicht frei festsetzen können, vielmehr seien auch hier fixe Vorgaben anzunehmen. Bei ihr sei insbesondere die Absicht, die Beschäftigung für zwei Monate aufzunehmen, dokumentiert, was eine längere Dauer ausdrücke.

Zum Berufungsvorbringen, dass ein Aufnahmevertrag überhaupt nicht gemacht worden - und hier von einem "receptum cauponium et stabulariorum" auszugehen - sei, sei auszuführen, dass es auf die zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei, diesem Mängel anhaften würden oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben hätten, nicht ankomme.

Es bedürfe daher, anders als der Beschwerdeführer meine, keines Aufnahmevertrages, da nach § 2 Abs. 4 AuslBG für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd Abs. 2 leg. cit. vorliege, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend seien. Vielmehr komme es auf die Verwendung unter bestimmten Umständen an. Bei sämtlichen Ausländerinnen sei zumindest eine ein-, in den meisten Fällen aber mehrwöchige, Beschäftigungsdauer gegeben, eine Tätigkeit im Betrieb des Beschwerdeführers, zu bestimmten Öffnungszeiten des Lokals, mit für diese einschlägigen Lokale charakteristischer Bekleidung und der Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der Leistungen, die durch den Zweck bestimmt seien. Diese Leistungen seien überwiegend dem Beschwerdeführer zu Gute gekommen, da durch die Anwesenheit und das Animieren der Ausländerinnen der Umsatz des Lokals gehoben worden sei. Von wirtschaftlicher Selbständigkeit könne also keine Rede sein. Der Beschwerdeführer hätte daher entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen vorweisen müssen. Der bezüglich der TV genannte Befreiungsschein sei nicht vorgelegen. Das Arbeitsmarktservice Bruck an der Mur habe zwar mit Bestätigung vom 2. April 1997 festgestellt, dass sie "zum Zeitpunkt der Ausstellung dieser Bestätigung" auf Grund des § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG nicht dem Geltungsbereich des AuslBG unterliege, da sie mit einem Österreicher verheiratet sei. Nach eigener Aussage sei sie jedoch am 15. Juli 1997 und somit auch zur Tatzeit geschieden gewesen und habe die Ausnahmebestimmung nicht in Anspruch nehmen können.

Was die Strafbemessung angehe, so liege eine einschlägige rechtskräftige Vorstrafe wegen Beschäftigung eines Ausländers vor. Es sei somit der dritte, von S 20.000,-- bis S 120.000,-- reichende Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG anzuwenden.

Durch die gegenständliche Beschäftigung sei, wie in solchen Fällen üblich, das öffentliche Interesse, das in der staatlichen Lenkung der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, sowie der Verhinderung volkswirtschaftlicher Schäden, die durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen entstünden, gelegen sei, entsprechend verletzt.

Bezüglich des Verschuldens sei grobe Fahrlässigkeit anzunehmen, da es bei Ungehorsamsdelikten wie vorstehenden nicht nur die Pflicht des Unternehmers sei, sich bei den Behörden entsprechend zu erkundigen, sondern jedermann wissen müsse, dass die Genehmigung von Beschäftigungen von Ausländerinnen auch in einschlägigen Lokalen erforderlich sei. Weiters seien die Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehr, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit bzw. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Die belangte Behörde verlangte unter Auffassung einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im gegenständlichen Fall anzuwendenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, i. d.F. nach der NovelleBGBl. I Nr. 78/1997, lauten:

"§ 2. (1) ...

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

...

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

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung oder eine EU-Entsendebestätigung 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 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 10 000 S bis zu 60 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20 000 S bis zu 120 000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20 000 S bis zu 120 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40 000 S bis zu 240 000 S..."

Der Beschwerdeführer bekämpft den angefochtenen Bescheid im Wesentlichen mit dem Vorbringen, bei den verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen habe es sich nicht um wirtschaftlich unselbständige, abhängige Arbeitnehmerinnen gehandelt. Sie seien vielmehr in Ausübung des "ältesten Gewerbes der Welt", nämlich der Prostitution und somit als "Selbständige" tätig gewesen, was als offenkundige Tatsache im Sinne des § 45 AVG zu werten sei. Auch wenn man davon ausgehe, dass allgemein animiert worden sei, so lasse dies noch nicht den Schluss zu, es wäre eine Tätigkeit ausgeübt worden, die mit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit in Einklang zu bringen sei, zumal keine Verpflichtung zur Erbringung irgendwelcher persönlicher Leistungen nachgewiesen worden sei.

Der Beschwerdeführer zeigt keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf. Er bestreitet die Feststellungen der belangten Behörde nicht; auch der Verwaltungsgerichtshof vermag im vorliegenden Fall einen von Amts wegen aufzugreifenden Verfahrensmangel nicht zu erblicken. Als offenkundige Tatsache kann die Beurteilung der Tätigkeit der Ausländerinnen durch den Beschwerdeführer schon deswegen nicht angesehen werden, weil es sich dabei nicht um eine Tatsache, sondern um eine rechtliche Qualifikation handelt. Das Rechtsinstitut des "receptum cauponum et stabulariorum" aus dem römischen Recht regelt dort die Haftung des Herbergs- und Stallwirts, dies hat jedenfalls mit der Frage, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG vorliegt, nichts zu tun.

Aber auch die rechtliche Qualifikation der Tätigkeit der Ausländerinnen als in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis erbracht kann der Verwaltungsgerichtshof nicht rechtswidrig finden. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit, wegen welcher sich eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist nicht persönlich vom Empfänger der Leistung abhängig; seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, die ihn als arbeitnehmerähnlich qualifizieren lässt, ist darin zu erblicken, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig und daher insofern vom Empfänger der Leistung wirtschaftlich abhängig ist.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die arbeitnehmerähnliche Person konkret auf die Gegenleistungen aus diesem Rechtsverhältnis zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes angewiesen ist. Was den "organisatorischen" Aspekt ihrer Arbeitnehmerähnlichkeit betrifft, bedarf es der Prüfung, ob das konkrete und genau zu erhebende Gesamtbild der Tätigkeit, die diese Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leistet, so beschaffen ist, dass sie trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, ihre Arbeitskraft, insoweit sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über ihre Arbeitskraft gehindert ist, anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen, sodass sie als unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie der persönlich abhängige Arbeitnehmer tätig ist (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 17. November 1994, Zl. 94/09/0195).

Die danach gebotene Gesamtbetrachtung der einzelnen Faktoren, die für oder gegen ein zumindest arbeitnehmerähnliches Verhältnis der Ausländerinnen zum Beschwerdeführer sprechen, ergibt, dass die belangte Behörde diese Frage mit Recht bejaht hat. Insbesondere wurden fixe Provisionen für das Animieren festgestellt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einer Reihe von Erkenntnissen wiederholt dargelegt, dass die Tätigkeit als Tänzerin und/oder Animierdame in Barbetrieben oder vergleichbaren Etablissements eine Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG darstellt (vgl. zur Tätigkeit als Animierdame die hg. Erkenntnisse vom 15. Dezember 1999, Zl. 99/09/0078, und vom 28. September 2000, Zl. 98/09/0060, sowie die dort jeweils angegebene Vorjudikatur). Der Verwaltungsgerichtshof sieht auch im Beschwerdefall grundsätzlich keine Veranlassung, von der von ihm vertretenen Ansicht abzurücken, bei der Tätigkeit einer Animierdame handle es sich um eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG (vgl. dazu auch die hg. Erkenntnisse vom 17. November 1996, Zl. 94/09/0195, vom 1. Juli 1998, Zl. 96/09/0133, und vom 7. April 1999, Zl. 97/09/0013, und vom 21. Februar 2001, Zl. 99/09/0134). All diesen Erkenntnissen lagen - wie auch im vorliegenden Fall - Feststellungen der Verwaltungsstrafbehörden hinsichtlich der Erbringung einer Gegenleistung für die Tätigkeit des "Animierens" durch das ausländische Mädchen zu Grunde.

In Bezug auf die bei TV festgestellte und bei den anderen angenommene und vom Beschwerdeführer sogar behauptete Tätigkeit als Prostituierte konnte auf Grund von Angaben durch TV davon ausgegangen werden, dass hier die Preise vom Beschwerdeführer festgesetzt waren und die Ausländerinnen bestimmte Summen abzuliefern hatten. Ferner hat der Beschwerdeführer die Tätigkeit als Prostituierte auch durch seine unbestrittene Weisung hinsichtlich der Benützung von Kondomen bestimmt.

Auch an der - vom Beschwerdeführer im Übrigen nicht bemängelten - Strafbemessung kann der Verwaltungsgerichtshof nichts Rechtswidriges finden, weshalb die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001.

Wien, am 14. November 2002

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:1999090167.X00

**Im RIS seit**

18.02.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

08.08.2009

**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)