

# TE Vwgh Erkenntnis 1998/7/1 96/09/0133

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.07.1998

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §1 Abs1;  
AuslBG §2 Abs1;  
AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs3 lita;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 1990/450;  
AuslBG §3 Abs1 idF 1990/450;  
AVG §62 Abs2;  
B-VG Art130 Abs2;  
VStG §11;  
VStG §19 Abs1;  
VStG §19;  
VStG §24;  
VStG §51h Abs4;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Loibl, über die Beschwerde des Josef R in W, vertreten durch Dr. Peter Philipp, Rechtsanwalt in Wien I, Graben 17, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 13. Februar 1996, Zl. UVS-07-04/00354/95, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, (weitere Partei: Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Schreiben des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 15. Bezirk, vom 6. April 1995 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, sich zu der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Stellvertretung nach außen berufenes Organ der B Gesellschaft mbH zu verantworten, daß diese Gesellschaft als Arbeitgeber mit Sitz in Wien am 6. Februar 1995 in ihrem Gastgewerbebetrieb in Wien eine namentlich genannte bulgarische Staatsangehörige als Barfrau beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländerin weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei, zu rechtfertigen.

Mit Eingabe vom 24. April 1995 teilte der Beschwerdeführer lediglich mit, die genannte Ausländerin sei nicht als Barfrau (Kellnerin) bei der Firma B beschäftigt, sondern als "Animierdame" im Lokal tätig gewesen und als solche "vom Ausländergesetz ausgeschlossen".

Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 15. Bezirk vom 26. April 1995 wurde der Beschwerdeführer wegen der bereits oben beschriebenen Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz für schuldig erkannt und wegen dieser Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe in Höhe von S 30.000,--, im Fall der Uneinbringlichkeit zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen, sowie einem Kostenbeitrag von S 3.000,--, bestraft.

In seiner gegen diesen Bescheid gerichteten Berufung machte der Beschwerdeführer im wesentlichen und unter Beifügung eines "Animiervertrages" zwischen der Ausländerin und der B Gesellschaft mbH vom 1. Dezember 1994 geltend, die genannte Ausländerin sei nicht als Barfrau, sondern als wirtschaftlich selbständige Animierdame auf Werkvertragsbasis beschäftigt gewesen. Sie sei sowohl in der Gestaltung ihrer Tätigkeit zur Erreichung des vereinbarten Erfolges der Umsatzsteigerung als auch außerhalb der Räumlichkeiten der B GesmbH vollkommen frei gewesen, sie sei an keine Arbeitszeiten oder einen bestimmten Arbeitsort gewesen, habe innerhalb der Betriebszeiten kommen und gehen dürfen, wann immer sie wolle, sei an keinerlei Weisungen der B GesmbH bzw. deren Dienstnehmer gebunden gewesen und habe auch eine gleiche Tätigkeit für andere Auftraggeber ausüben dürfen.

Nach Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung am 28. September und am 19. Dezember 1995 wies die belangte Behörde mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 13. Februar 1996 die Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG dem Grunde nach ab, reduzierte jedoch die Geldstrafe von S 30.000,-- auf nunmehr

S 25.000,-- und die Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen auf 8 Tage sowie den erstinstanzlichen Kostenbeitrag anteilig. Begründend gab die belangte Behörde zunächst den Gang des Verfahrens und insbesondere die Ergebnisse der von ihr abgehaltenen Berufungsverhandlung (teilweise wörtlich) wieder und legte die von ihr in Anwendung gebrachten Strafbestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Unstrittig sei die Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B GesmbH und die Tatsache, daß sich die ausländische Staatsangehörige in der Nacht vom 6. auf den 7. Februar 1995 in der S.-Bar in Wien aufgehalten habe. Der Beschwerdeführer habe auch zugegeben, daß die genannte Ausländerin als Animierdame in der S.-Bar tätig gewesen sei, jedoch heftigst bestritten, daß sie jemals als Barfrau fungiert habe. Auch durch die Zeugin sei die Animiertätigkeit der Ausländerin nicht in Frage gestellt worden. Fest stehe auch, daß die Ausländerin zumindest seit 1. Dezember 1994, wahrscheinlich aber viel länger, in der S.-Bar gearbeitet habe. Sie sei jedenfalls seit 25. Februar 1994 in Wien VII, und ab 22. Juli 1994 in Wien XI, gemeldet gewesen. Einige Beweisergebnisse sprächen auch dafür, daß der genannten Ausländerin gewisse Funktionen anvertraut worden seien, die über die einer Animierdame hinausgingen. Aber auch die Beschäftigung als Animierdame ohne entsprechende arbeitsmarktbehördliche Genehmigungen seien nach dem AuslBG strafbar. Daran ändere auch der zwischen den Beteiligten abgeschlossene "Werkvertrag" nichts, dessen Bedeutung und Wichtigkeit allein schon aus dem Umstand erhelle, daß im Vordruck nicht einmal der Prozentsatz, den die Auftragnehmerin von dem von ihr erwirtschafteten Umsatz erhalten solle, ausgewiesen sei. Zudem werde mit diesem "Werkvertrag" ein Auftragsverhältnis auf Dauer geschaffen, da praktisch keine Fertigstellung eines "Werkes" denkbar sei. Vielmehr habe die Ausländerin für ihre Animiertätigkeit von der

B Gesellschaft mbH ein Entgelt in Form eines Erfolgshonorars bezogen, habe für diese GesmbH Tätigkeiten zu entfalten gehabt, die realistisch nur in den Räumen der S.-Bar durchgeführt hätten werden können. Sie sei damit wirtschaftlich abhängig bzw. ihrem "Auftraggeber" mehr oder minder ausgeliefert gewesen, weil sie über keine

Aufenthaltsgenehmigung verfügt habe und der "Werkvertrag" jederzeit widerruflich gewesen sei. Im Falle der Anrufung einer Behörde oder eines Gerichtes habe die Gefahr bestanden, sofort abgeschoben zu werden. Die Animiertätigkeit sei daher als arbeitnehmerähnliche Beschäftigung zu qualifizieren gewesen. Es sei auch davon auszugehen, daß Animiermädchen grundsätzlich nur in einem Lokal arbeiteten bzw. sich der "Auftraggeber" dies von den angeworbenen Mädchen erwarte. Nach eingehender beweiswürdiger Auseinandersetzung mit den einzelnen Aussagen der in der Berufungsverhandlung vernommenen Zeugen kam die belangte Behörde zum Schluß, die ausländische Staatsangehörige sei von der B GesmbH als Animiermädchen beschäftigt worden und habe am 6. Februar 1995 zusätzlich dazu noch die Funktion einer Barfrau ausgeübt. Der mit der Ausländerin abgeschlossene "Werkvertrag" enthalte alle jene Punkte, die nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als zusätzliche Bestätigungen für das Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bei Animiermädchen angeführt worden seien. Insbesondere sähen sie keine sozialen Aufstiegsmöglichkeiten innerhalb der Gesellschaft mehr vor, die Animiermädchen seien durch den "Werkvertrag" selbständig, an kein Lokal und keine Arbeitszeit gebunden und auch zur persönlichen Erbringung der Leistung nicht verpflichtet. Diese Regelungen seien praxisfremd, was sich schon daraus ergebe, daß sich der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben bemüht habe, Animierdamen von anderen Lokalen abzuwerben und sie sodann an seinen Betrieb zu binden. Dies wäre völlig unsinnig gewesen, wenn die Animiermädchen in der Folge nicht zumindest wirtschaftlich abhängig gemacht würden. Daß dies geschehe, habe der Beschwerdeführer mit der Angabe, er versuche die Damen an seinen Betrieb zu binden, ja zugegeben. Und welche Bedeutung eine Bestimmung haben solle, daß sich die Damen bei Ausübung der Animiertätigkeiten vertreten lassen könnten, wenn ohnehin Mangel an Animiermädchen bestünde und darüber hinaus auch keine Verpflichtung zum Animieren übernommen worden sei, sei unbeantwortbar. Die belangte Behörde legte sodann die Strafbemessungsgründe im einzelnen dar. Unter Berücksichtigung der herabgesetzten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers sowie der Sorgepflicht für Gattin und ein minderjähriges Kind sei die von der erstinstanzlichen Behörde verhängte Strafe entsprechend herabzusetzen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde. Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem Recht, nicht nach dem AuslBG verurteilt und bestraft zu werden und in seinem Recht auf fehlerfreie Handhabung des bei der Festlegung der Strafe auszuübenden Ermessens gemäß § 19 VStG verletzt.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift jedoch abgesehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 1 Abs. 1 AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung gemäß BGBl. Nr. 502/1993 regelt dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.

Nach § 2 Abs. 1 AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Als Beschäftigung gilt nach § 2 Abs. 2 AuslBG, soweit dies für den Beschwerdefall von Bedeutung ist, die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis und b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird.

Den Arbeitgebern sind nach § 2 Abs. 3 lit. a AuslBG in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen gleichzuhalten, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeiterlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Arbeiterlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde, und zwar bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern mit Geldstrafe von S 5.000,- bis zu S 60.000,-, im Falle

der erstmaligen und weiteren Wiederholung von S 10.000,-- bis zu S 120.000,--, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer von S 10.000,-- bis zu S 120.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von S 20.000,-- bis zu S 240.000,--.

Aus § 2 Abs. 2 und Abs. 3 AuslBG folgt, daß der Begriff "Beschäftigung" im AuslBG nicht nur Arbeitsverhältnisse umfaßt, und daß unter Arbeitgeber nicht nur der Partner eines Arbeitsvertrages zu verstehen ist. Die Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vor der Beschäftigung eines Ausländers trifft daher nach § 3 Abs. 1 AuslBG auch einen "Werkvertragsgeber", wenn die Grundlage für den Vertrag nicht in gewerberechtlichen oder sonstigen Normen liegt und der Werkvertrag so beschaffen ist, daß der "Werkvertragsnehmer" zwar nicht in der Frage seiner persönlichen, aber in der Frage der wirtschaftlichen Abhängigkeit einem Arbeitnehmer nahezu gleichkommt (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. September 1993, Zl. 92/09/0322, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Die Verantwortung des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren entspricht im wesentlichen jener, der schon dem hg. Erkenntnis vom 17. November 1994, Zl. 94/09/0195, zugrundelag. Insoweit daher im vorliegenden Beschwerdefall wiederum dieselben Rechtsfragen aufgeworfen werden, wird - um Wiederholungen zu vermeiden - gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf dieses Erkenntnis verwiesen. An dieser rechtlichen Beurteilung ändert auch nicht die allgemein gehaltene Argumentation des Beschwerdeführers mit dem (natürlichen) Wunsch eines Unternehmens nach Maximierung und Optimierung des Geschäftserfolges durch die Tätigkeit der Animierdamen, weil diese zu einer Abgrenzung zwischen der hier bedeutsamen Unterscheidungskriterien zwischen "Werkvertrag" und "freiem Dienstvertrag" nichts Substantielles beizutragen vermögen. Dasselbe gilt über die Behauptung des Beschwerdeführers, das "Werk" der Animierdame bestünde in der Hebung des Umsatzes nicht nur durch konkrete Konsumation, sondern auch durch Schaffung von Stammgästen auf Dauer, es könne "die Tätigkeit einer Animierdame auf Grund ihrer eigentümlichen geistigen Schöpfung auch ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstellen, dessen Verwertungsrechte mit dem Animiervertrag dem Werkbesteller" zukämen.

Insgesamt erweist sich daher der angefochtene Bescheid in der Schuldfrage als frei von Rechtswidrigkeit.

Zur Frage der Strafbemessung führt der Beschwerdeführer aus, es sei unberücksichtigt geblieben, daß die Bescheiderlassung erst am 12. März erfolgt sei, er jedoch bereits am 13. Februar 1996 verhaftet worden sei und sich seither in Untersuchungshaft befinde, obgleich seine Verhaftung in allen Medien, jedenfalls aber in allen gängigen Tageszeitungen, mit Bild und Namensnennung noch am selben Tag sowie in den folgenden Tagen publik gemacht worden sei. Die Behörde habe daher davon ausgehen können, daß er zu diesem Zeitpunkt über keinerlei Einkommen mehr verfüge und hätte die Geldstrafe diesen Einkommensverhältnissen entsprechend am untersten Rande des Strafrahmens annehmen müssen.

Dieser Einwand geht ins Leere, da nach dem Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes am 13. Februar 1996 (also dem Tag der behaupteten Inhaftierung - in Anwesenheit des Beschwerdeführers - der Berufungsbescheid durch die belangte Behörde im Sinn des § 51h Abs. 4 VStG mündlich verkündet wurde, was gemäß § 62 Abs. 2 AVG auch beurkundet worden ist. Mit der Verkündung tritt jedoch bereits die Bindungswirkung dieses Straferkenntnisses ein, sodaß die belangte Behörde auf die nachfolgende Inhaftierung des Beschwerdeführers nicht mehr hatte eingehen können. Ein Mißbrauch des Ermessens bei der Strafbemessung in diesem Sinne liegt daher nicht vor.

Insoweit der Beschwerdeführer geltend macht, das Verwaltungsverfahren habe ergeben, daß ihn persönlich an der Tätigkeit der Ausländerin (Anm: als Barfrau) kein Verschulden treffe, zumal er diese im Betrieb regelmäßig überwacht habe, vielmehr der diensthabende Kellner "offensichtlich aus Disziplinlosigkeit ohne sein Wissen und Willen und entgegen seiner Anordnung und Kontrolle" die Ausländerin vorübergehend mit seiner Vertretung als Barfrau bzw. Kellnerin beauftragt habe, ist - abgesehen davon, daß diese Frage in Hinblick auf die von ihm nicht bestrittene, ja selbst behauptete Tätigkeit der Ausländerin als Animierdame nicht mehr entscheidungswesentlich ist - auf die ständige Judikatur zu § 9 Abs. 2 VStG zu verweisen (vgl. die in Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>5</sup>, S 821 f angeführte Judikatur).

Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung

BGBI. Nr. 41671994.

**Schlagworte**

Ermessen Geldstrafe und Arreststrafe

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1998:1996090133.X00

**Im RIS seit**

20.11.2000

**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)