

# TE UVS Wien 2000/12/04 07/A/36/526/99

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.12.2000

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch die Vorsitzende Dr Rotter, den Berichtler Mag Fritz und den Beisitzer Mag Pichler über die Berufung der Frau Edeltraud B, vertreten durch Frau Mag Dr Ingrid W, Rechtsanwältin, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 3. Bezirk, vom 31.5.1999, ZI MBA 3 - S 213/99, betreffend Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Worte "zur Animierung der Gäste zum Getränkekonsum" zu entfallen haben und nach dem Wort "Beschäftigungsbewilligung" die Worte "oder Entsendebewilligung" und nach dem Wort "Anzeigenbestätigung" die Worte "oder eine EU-Entsendebestätigung" eingefügt werden.

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl Nr 218/1975, ist in der Fassung des BGBl I Nr 78/1997 anzuwenden.

Die Berufungswerberin hat daher gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von ATS 9.600,-- (entspricht 697,66 €), das sind 20% der verhängten Geldstrafen, zu bezahlen.

## Text

Die Berufungswerberin (Bw) war zur Tatzeit unbestritten die handelsrechtliche Geschäftsführerin der A-GmbH, die in Wien, H-markt eine Bar ("M-Bar") betreibt. In diesem Lokal fand am 5.3.1998 eine fremdenpolizeiliche Kontrolle statt, wobei mehrere Animiermädchen, die lediglich mit Dessous (Reizwäsche) bekleidet gewesen seien, angetroffen hätten werden können. Darunter hätten sich auch die tschechische Staatsbürgerin Pavlina Bu, die slowakische Staatsbürgerin Anita T und die ungarische Staatsbürgerin Lilla P befunden (diese seien an näher angegebenen Wiener Adressen unangemeldet wohnhaft gewesen). Frau Bu sei laut eigenen Angaben seit zwei Tagen in der Bar als Animiermädchen tätig. Angeblich habe sie keinerlei Fixum und auch ansonsten keinerlei Entlohnung vom Verantwortlichen der Bar bekommen, sondern lediglich Geldgeschenke von den Gästen. Die Geheimprostitution sei von ihr bestritten worden. Sie sei mit weißem Minirock und schwarzem Top bekleidet gewesen. Frau T sei laut eigenen Angaben seit dem Einreisetag (am 17.2.1998) in der Bar als Animiermädchen tätig. Bezüglich der Entlohnung habe sie dieselben Angaben wie Frau Bu gemacht. Auch habe sie eine Heiratsurkunde mit einem österreichischen Staatsbürger vorgewiesen. Diese sei mit einem roten Einteiler bekleidet gewesen. Frau P sei laut eigenen Angaben in der Bar nicht als Animiermädchen beschäftigt bzw tätig. Sie wolle sich, obwohl lediglich mit einem engen roten Cocktailkleid bekleidet, nur zufällig in der Bar aufgehalten haben; dieses Kleid sei bis in den Schritt aufgeknöpft gewesen.

Die obigen Angaben der drei Ausländerinnen hinsichtlich ihrer Beschäftigung und ihrer Entlohnung - so heißt es in der Anzeige der Bundespolizeidirektion Wien vom 6.3.1998 - seien absolut unglaubwürdig. Es könne davon ausgegangen werden, dass sie lediglich zum Zweck der Arbeitsaufnahme als Animiermädchen in das Bundesgebiet eingereist seien,

ohne im Besitz einer entsprechenden Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungsbewilligung zu sein. Weiters hätten sie keinen Meldezettel vorweisen können und sei auch eine ZMA-Anfrage negativ verlaufen. Die drei Ausländerinnen seien am 6.3.1998 um 23:45 Uhr vorläufig festgenommen und nach Verhängung der Schubhaft dem Polizeigefangenenhaus überstellt worden. Beim Verantwortlichen der M-Bar, welcher zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht anwesend gewesen sei, handle es sich nach Angaben einer Barfrau um den österreichischen Staatsbürger B. Laut der Angaben der Barfrau bekämen die in der Bar tätigen Animiermädchen keinerlei Fixum oder Entlohnung durch den Verantwortlichen, sondern lediglich von den Gästen Geldgeschenke. In den Hinterräumen der Bar, in unmittelbarer Nähe der Toiletten, befänden sich mehrere Separees. Zum Zeitpunkt der Kontrolle seien mehrere Gäste anwesend gewesen und habe die Amtshandlung nur wenig Aufsehen erregt. Die drei Festgenommenen hätten nach Sachverhaltsabklärung in einem Nebenraum der Bar ihre normale Bekleidung angezogen und dort auch ihre Effekten (Taschen, Reisedokumente) deponiert gehabt. Aufgrund dieser Anzeige der Bundespolizeidirektion Wien (Fremdenpolizeiliches Büro) leitete der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 3. Bezirk, gegen die Bw (unter der ZI MBA 3 - S 2538/98) ein Verwaltungsstrafverfahren ein. Der Bw wurde (siehe die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 15.6.1998) zur Last gelegt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin der A-GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin die drei namentlich genannten Ausländerinnen am 6.3.1998 in der Bar in Wien, H-Markt als Animiermädchen ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt habe. Am 7.7.1998 erschien Herr Viktor B (für die Bw) bei der Erstbehörde und gab an, die drei Ausländerinnen stünden in keinem Beschäftigungsverhältnis zur A-GmbH. Es gebe keine festen Dienstzeiten, die Frauen könnten kommen und gehen, wann sie wollten. Diese bekämen auch kein Gehalt, sondern nur anteilig Prozente von den Getränken, die die Gäste konsumieren. Die meisten Frauen kämen für zwei, drei Tage und dann einige Tage nicht. Er wisse meistens nicht, wie viele Frauen eigentlich da seien.

Die Frauen seien auch nicht bei der Sozialversicherung angemeldet, weil sie ja nicht von der A-GmbH beschäftigt würden. Er legte dann Kopien von Bestätigungen vor, die er jeden Monat an die Sittenpolizei schicke. In diesen Schriftstücken wird von Frau Bu bzw von Frau T bestätigt, dass sie in der M-Bar kein Fixum erhalten, sondern lediglich Prozente von Getränken, wenn sie ein Gast darauf einlade. Auch wurde von diesen - laut einem weiteren Zettel (in Kopie) - zur Kenntnis genommen, dass sie in den hier in diesem Lokal etablierten Separee-Räumen keine sexuellen Handlungen mit Gästen durchführen dürfen. Auf diesen Bestätigungen finden sich dann auch noch folgende Vermerke:

Paula (Nacht) bzw Anita (Nacht).

In seiner Stellungnahme vom 17.8.1998 wies das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten darauf hin, dass nach der Aktenlage von einer Verwendung in einem entgeltlichen, wenigstens arbeitnehmerähnlichen Verhältnis auszugehen sei. Mit Straferkenntnis der Erstbehörde vom 31.8.1998, ZI MBA 3 - S 2538/98, wurde die Bw dann wegen der unerlaubten Beschäftigung der drei Ausländerinnen schuldig erkannt und über sie drei Geldstrafen von je ATS 20.000,- (drei Ersatzfreiheitsstrafen in der Dauer von je zwei Tagen) verhängt. In ihrer dagegen erhobenen Berufung brachte die - nunmehr anwaltlich vertretene - Bw im Wesentlichen vor, die Behörde habe lediglich die im Zuge des Beweisverfahrens hervorgekommenen Beweise zu werten und zu würdigen. Die Feststellung, dass der Lebensunterhalt wohl zur Gänze aus der geringen Entlohnung bestritten werde, habe durch das abgeführte Ermittlungsverfahren nicht erwiesen werden können und stelle eine Vermutung zu Lasten der Bw dar. Eine Einvernahme der Ausländerinnen habe nicht stattgefunden und seien diese auch nicht dazu befragt worden, ob der Lebensunterhalt ausschließlich aus den Prozentsätzen, welche sie erhalten haben, wenn Gäste Getränke konsumiert haben, bestritten worden sei. Es werde darauf hingewiesen, dass ausländische Animierdamen aufgrund einer Entscheidung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales keiner Beschäftigungsbewilligung bedürfen und überdies nicht dem AuslBG unterlägen. Wenn nun die Behörde in ihrem Bescheid § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG als Grundlage für die Verurteilung heranziehe, so werde dieser Tatbestand jedenfalls nicht erfüllt und sei die Entscheidung der Behörde verfehlt. Die Behörde erster Instanz übersehe in ihrem Bescheid vollkommen, dass die genannten Animierdamen lediglich für einige Tage, dh fallweise und ohne wirtschaftliche Abhängigkeit die Tätigkeit ausübten, und die oben angeführten Prozente lediglich von Getränken, die die Gäste konsumierten, erhalten würden. Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 AuslBG (gemeint offenbar: § 2 Abs 4 erster Satz AuslBG) sei für die Beurteilung einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs 2 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Die im § 2 Abs 2 AuslBG genannten Verwendungen hätten gemeinsam, dass sie

entweder in persönlicher oder zumindest in wirtschaftlicher Unselbständigkeit erbracht würden. Als Beschäftigung gelten daher nur Tätigkeiten in einem Abhängigkeitsverhältnis; im vorliegenden Fall treffen jedoch alle diese Begriffe nicht zu. Dadurch, dass die Damen lediglich an einigen Tagen, welche für ?den Einschreiter? nicht vorhersehbar gewesen seien, im Lokal erschienen seien, es sohin keine festen Arbeitszeiten gegeben habe und diese auch kein Gehalt erhalten haben, sei weder eine persönliche noch wirtschaftliche Unselbständigkeit gegeben. Die Annahme, dass die geringen Prozente, die die Animierdamen seitens der von den Gästen konsumierten Getränke erhalten haben, als Gehalt zu qualifizieren sei, sei unrichtig. Wenn die Behörde erster Instanz die

geringen Prozente als Lohn und Gehalt bewerte, so wäre die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung unzulässig, weil der Mindestlohn, der aufgrund des Gesetzes vorgeschrieben sei, nicht eingehalten werden könne. Der Erhalt von Prozenten könne bestenfalls eine ?Provision? darstellen. Erhalte jedoch eine Person Provisionsleistungen, so sei sie in einem selbständigen Arbeitsverhältnis tätig und hätte sich selbst versichern müssen; ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des AuslBG liege sohin nicht vor.

Mit Berufungsbescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 18.12.1998, ZI UVS-07/A/52/00713/98, wurde dieser Berufung Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis vom 31.8.1998, ZI MBA 3 - S 2538/98 behoben und das Verfahren hinsichtlich des Tattages ?6.3.1998? gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt. Zur Begründung dieses Berufungsbescheides wurde im Wesentlichen ausgeführt, als Zeitpunkt der Festnahme der drei Ausländerinnen sei in der Anhaltemeldung einerseits der 5.3.1998, 23:45 Uhr, andererseits auch der 6.3.1998, 23:45 Uhr genannt. Dieser Widerspruch sei dadurch erklärbar, dass auf einer Ausfertigung der Anhaltemeldung eine mit 6.3.1998 datierte behördeninterne Verfügung vermerkt sei. Da es auszuschließen sei, dass innerhalb von maximal 15 Minuten nach der vorläufigen Festnahme der Ausländerinnen eine mehrseitige Anhaltemeldung verfasst und darauf weitere Verfügungen dokumentiert worden seien, liege der tatsächliche Haftbeginn mit 5.3.1998, 23:45 Uhr auf der Hand. Demnach hätten die Ausländerinnen zu der im Straferkenntnis genannten Tatzeit nicht in der ?M-Bar? beschäftigt gewesen sein können.

Mit Schreiben vom 12.1.1999 ersuchte die Erstbehörde das Fremdenpolizeiliche Büro um Mitteilung, ob die drei Ausländerinnen bei ihrer Tätigkeit als Animiermädchen am 5.3.1998 oder erst am 6.3.1998 betreten worden seien. In Beantwortung dieser Anfrage teilte das Fremdenpolizeiliche Büro mit Schreiben vom 21.1.1999 mit, dass die Tatzeit für die Betretung der drei Ausländerinnen beim unerlaubten Aufenthalt im Bundesgebiet und der unerlaubten Arbeitsaufnahme der 5.3.1998, 23:45 Uhr sei. Die in der (am 6.3.1998 verfassten) Anzeige auf Seite 3 angeführte Festnahme bzw Tatzeit ?6.3.1998, 23:45 Uhr? sei offensichtlich auf einen Schreibfehler zurückzuführen.

In der Folge wurde der Bw mit Schreiben der Erstbehörde vom 3.2.1999 zur Last gelegt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin der A-GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin am 5.3.1998 in Wien, H-markt die drei hier relevanten Ausländerinnen als Animiermädchen ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt habe (übertretene Rechtsvorschriften: § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG). Diese ?Aufforderung zur Rechtfertigung? vom 3.2.1999 wurde der Bw am 8.2.1999 durch Hinterlegung zugestellt. Mit Schreiben vom 17.2.1999 teilte die Bw der Erstbehörde mit, dass sie in der - nunmehr zur ZI MBA 3 - S/213/99 geführten - Verwaltungsstrafsache Frau Mag Dr W Vollmacht erteilt habe. Weiters führte sie (wie auch schon in ihrer Berufung vom 23.9.1998) näher aus, dass die drei Animierdamen nicht dem AuslBG unterlägen und somit auch keine Übertretung des § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG von Seiten der A-GmbH vorläge. Es werde daher an die Erstbehörde das Ersuchen gestellt, dass beim Magistratischen Bezirksamt für den 3. Bezirk zur ZI MBA 3 - S/213/99 laufende Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. In seiner Stellungnahme vom 14.4.1999 merkte das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten an, es sei nunmehr eine taugliche Verfolgungshandlung für den Tatzeitpunkt 5.3.1998 gesetzt worden, sodass lediglich der Tatzeitpunkt des in erster Instanz erlassenen Straferkenntnisses zu korrigieren wäre. Die Art der Verrechnung des Lohnes sei nicht ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliege oder nicht.

Mit dem nunmehr vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien angefochtenen Straferkenntnis der Erstbehörde vom 31.5.1999, ZI MBA 3 - S 213/99, wurde die Bw schuldig erkannt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der A-GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in Wien am 5.3.1998 in Wien, H-markt (?M-Bar?) die Ausländerinnen Pavlina Bu, Anita T und Lilla P als Animiermädchen zur Animierung der Gäste zum Getränkekonsum beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländerinnen weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigenbestätigung oder eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein ausgestellt worden sei. Die Bw habe dadurch je

eine Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 AuslBG idgF verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über die Bw gemäß § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz AuslBG drei Geldstrafen zu je ATS 16.000,-- (zusammen ATS 48.000,--), im Falle der Uneinbringlichkeit drei Ersatzfreiheitsstrafen von je 22 Stunden (zusammen 66 Stunden) verhängt. Gleichzeitig wurden die von der Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit insgesamt ATS 4.800,-- bestimmt. Dieses Straferkenntnis wurde der Bw zu Händen ihrer Rechtsanwältin am 23.8.1999 zugestellt.

In ihrer gegen dieses Straferkenntnis innerhalb offener Frist erhobenen Berufung rügte die Bw, hinsichtlich des nunmehr im Straferkenntnis aufscheinenden Tatzeitpunktes 5.3.1998 sei seitens der Behörde kein Ermittlungsverfahren durchgeführt worden. Sie habe lediglich die Möglichkeit gehabt, zum Straferkenntnis vom 31.8.1998 Stellung zu nehmen. Für den nunmehr neu vorliegenden Anlassfall sei jedoch keine korrekte Verfolgungshandlung gesetzt und auch kein weiteres Ermittlungsverfahren eingeleitet worden; der erlassene Bescheid sei daher rechtswidrig. Da gegen sie bis zum heutigen Tag keine korrekte Verfolgungshandlung im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen (AVG, VStG) gesetzt worden sei, sei Verjährung eingetreten. Abschließend beantragte die Bw, die Behörde möge in Stattgebung der Berufung den angefochtenen Bescheid aufheben und in der Sache selbst entscheiden, in eventu die Sache zur neuerlichen Entscheidung an die Behörde erster Instanz zurückverweisen.

Nach Auskunft des Zentralmeldeamtes der Bundespolizeidirektion Wien sind die drei Ausländerinnen in Wien nicht (mehr) gemeldet. In seiner Stellungnahme zur Berufung vom 1.10.1999 brachte das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten vor, den Erklärungen der Bw seien keine entlastenden Hinweise zu entnehmen.

Über ha Aufforderung übermittelte das Fremdenpolizeiliche Büro die dortigen Fremdenakten hinsichtlich der drei hier relevanten Ausländerinnen. So geht aus dem Fremdenakt der Frau T hervor, dass diese am 28.5.1993 einen österreichischen Staatsbürger (Herrn Gerhard T) geheiratet hat. Ihr Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes für Wien vom 19.6.1995, ZI MA 62- 9/2116857-01-R, abgewiesen. Bei ihrer Einvernahme beim Fremdenpolizeilichen Büro (im Beisein einer Dolmetscherin für die slowakische Sprache) am 11.3.1998 gab Frau T an, sie sei zuletzt am 18.2.1998 ohne erforderliches Visum zur Arbeitsaufnahme nach Österreich eingereist. Zum Vorhalt, dass sie am 5.3.1998 von Beamten der Fremdenpolizei ua wegen unerlaubter

Arbeitsaufnahme im Zuge einer Kontrolle der ?M-Bar? in Wien, H-markt, festgenommen und zur Anzeige gebracht worden sei, gab sie an, dies sei richtig. Sie habe seit dem 18.2.1998 in dieser Bar als Animierdame gearbeitet und auf diese Weise ATS 5.000,-- verdient; sie sei nicht der Prostitution nachgegangen. Sie sei seit 28.5.1993 mit einem österreichischen Staatsbürger verheiratet, doch lebten sie seit drei Jahren getrennt. Sie habe sich während ihres Aufenthaltes in Wien scheiden lassen wollen. Zu ihren Unterhaltsmitteln befragt gab sie an, dass sie über ATS 200,-- verfüge. Mit Bescheid der Bundespolizeidirektion Wien, Fremdenpolizeiliches Büro, vom 11.3.1998 wurde gegen Frau T ein für die Dauer von fünf Jahren befristetes Aufenthaltsverbot erlassen. Am 13.3.1998 wurde Frau T in die Slowakei abgeschoben.

Frau Pavlina Bu gab bei ihrer Einvernahme beim Fremdenpolizeilichen Büro am 9.3.1998 (im Beisein einer Dolmetscherin für die tschechische Sprache) an, sie sei zuletzt am 28.2.1998 mit dem Zug nach Österreich eingereist. Über Vorhalt, dass sie in Wien, H-markt (?M-Bar?) als Animiermädchen seit zwei Tagen gearbeitet und über die Entlohnung noch nicht verhandelt worden sei, gab sie an, dies sei richtig. Zu ihren Unterhaltsmitteln befragt erklärte sie, sie verfüge über keine Barmittel. Mit Bescheid des Fremdenpolizeilichen Büros vom 9.3.1998 wurde gegen Frau Bu ein für die Dauer von fünf Jahren befristetes Aufenthaltsverbot erlassen. Am 20.3.1998 wurde diese nach Tschechien abgeschoben.

Frau Lilla P gab bei ihrer Einvernahme beim Fremdenpolizeilichen Büro am 9.3.1998 (im Beisein einer Dolmetscherin für die ungarische Sprache) an, sie sei zuletzt am 5.3.1998 in das Bundesgebiet eingereist. Zweck der Einreise sei die Arbeitsaufnahme gewesen. Zu ihren Unterhaltsmitteln befragt, gab sie an, über ATS 160,-- zu verfügen. Mit Bescheid des Fremdenpolizeilichen Büros vom 9.3.1998 wurde gegen sie ein für die Dauer von fünf Jahren befristetes Aufenthaltsverbot erlassen. Frau P wurde dann am 12.3.1998 nach Ungarn abgeschoben. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien ersuchte das Fremdenpolizeiliche Büro um Mitteilung, ob der Name der in der Anzeige vom 6.3.1998 erwähnten ?Barfrau? festgehalten worden sei und wurde bejahendenfalls um Bekanntgabe der näheren Daten ersucht. Mit Schreiben vom 9.10.1999 teilte Herr BzI Pö mit, es sei nicht mehr bekannt, ob der Name der erwähnten Barfrau festgehalten worden sei, auf jeden Fall seien deren Daten nicht mehr zu eruieren.

Nach Auskunft der Wiener Gebietskrankenkasse (Schreiben vom 15.10.1999) waren unter dem Verrechnungskonto der

A-GmbH im Zeitraum vom 1.2.1998 bis 31.3.1998 Erika K, Irmgard G und Martina Ge zur Sozialversicherung gemeldet gewesen. Für die drei hier relevanten Ausländerinnen sei bei der Kasse keine Versicherung vorgemerkt.

In dem (der Bw zu Händen ihrer Rechtsanwältin am 27.3.2000 zugestellten) Ladungsbescheid für die Verhandlung am 26.4.2000 wurde die Bw aufgefordert, alle Unterlagen im Original mitzubringen. Auch wurde sie ersucht, binnen einer Woche die Namen und Adressen der Personen (sofern es sich nicht um Viktor B handelt) bekannt zu geben, die zur fraglichen Zeit in der Bar beschäftigt gewesen seien bzw die mit den drei hier relevanten Ausländerinnen zu tun gehabt haben (zB wer mit den Frauen die von Herrn B vorgelegten Bestätigungen aufgenommen habe). Eine solche Bekanntgabe erfolgte innerhalb der gesetzten Frist nicht. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien führte am 26.4.2000 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der Herr Mag Johann Ga (für MagDr Ingrid W) als Vertreter der Bw (die Bw selbst ist zur Verhandlung nicht erschienen) teilnahm und in der Viktor B, Erika K, Irmgard G und Martina Ge als Zeugen einvernommen wurden. Der BwV gab zunächst an, er könne keine Originalunterlagen vorlegen. Er verzichtete auf die Einvernahme der Bw.

Herr Viktor B gab bei seiner Einvernahme als Zeuge folgendes an:

Ich bin der Ehegatte der Geschäftsführerin und bin ich in allen Bereichen des Betriebes mit eingebunden. Der gegenständliche Betrieb ist eine Nachtbar. Der Betrieb ist von Montag bis Freitag von 11.00 bis 04.00 Uhr und Samstag, Sonntag und Feiertag von 20.00 bis 04.00 Uhr geöffnet. Die drei heute anwesenden Zeuginnen sind bei unserer Firma angestellt und gleichzeitig Geschäftsführerinnen (Betreuung des Lokals). Ob die drei heute anwesenden Zeuginnen auch schon damals bei uns waren, kann ich heute nach so langer Zeit nicht dezidiert angeben. Bei uns ist es

so, dass die Mädchen, die bei uns arbeiten, keine fixe Zeit haben. Sie kann kommen und gehen wann sie will. Das Mädchen kommt in das Lokal und spricht dann den jeweils Diensthabenden an und fragt, sie komme mit einem Gast und wolle dableiben. Sie erkundigt sich auch, über die Trinkprozente. Wenn eine öfters kommt, dann machen wir auch solche Zettel, die ich schon vorgelegt habe. Dies wurde uns vom Sicherheitsbüro vorgeschrieben, für den Fall, dass es Fälle des Beischlafdiebstahles kommen könnte. Dann verlangen wir einen Ausweis und halten alles fest. Wie viel Prozente die Damen bekommen, entscheidet die Diensthabende. Bei uns gibt es einen Tagbetrieb und einen Nachtbetrieb. Wenn bei diesen Zetteln Nacht notiert ist, heißt dass, dass das jeweilige Mädchen in der Nacht kommt. Wenn das Mädchen sagt, sie kommt vielleicht am Tag oder in der Nacht, dann wird dies auf dem Zettel festgehalten. Die drei hier relevanten Ausländerinnen sind mir persönlich nicht bekannt. Ein Zettel fehlt mir, den Zettel von der Dritten habe ich nicht mehr. Die meisten sprechen Deutsch, wenn sie nicht Deutsch könnten, werden sie nicht aufgenommen. Der Zeuge wirft ein, es sei ein Fehler, es würde niemand aufgenommen. Wenn es Sprachprobleme geben würde, dann würde kein Gespräch mit dem Diensthabenden zustande kommen.

Über Befragen des BwV:

Habe ich das jetzt richtig verstanden, dass die Damen freischaffend tätig sind und sie nur die Räumlichkeiten zur Verfügung stellen? Ja.

Fix angestellt sind nur die Damen, die als Geschäftsführerinnen arbeiten.

Über Befragen des Berichters:

Haben die Damen für die Benützung der Separee-Räume etwas zu bezahlen?

Die Damen bekommen von den Getränken Prozente und ist damit alles erledigt. Einen Dienstplan gibt es bei uns nicht.?

Frau Erika K gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin folgendes an:

Ich war schon im März 1998 in der gegenständlichen Bar beschäftigt, und zwar als Barfrau. Ich bin die Barfrau von 11.00 bis

19.30 Uhr. Die beiden anderen heute anwesenden Zeuginnen wechseln sich im Nachtdienst ab (zwei Nächte Dienst und zwei Nächte frei). Auch nach Vorhalt der Fotos der drei relevanten Ausländerinnen kann ich mich nach so langer Zeit an keine der Damen erinnern. Wenn eine Dame ins Lokal kommt, fragt sie, ob sie bei uns arbeiten kann. Die

Zeugin erklärt sofort daraufhin, ob sie dableiben könne, sie arbeite ja nicht, es gebe kein Dienstverhältnis. Die Damen schauen um einen Umsatz. Sie wollen Geld verdienen. Sie bekommen von uns kein Geld, sondern nur von den Gästen. Selbst das weiß ich nicht, denn ich stehe ja nur hinter der Bar. Ein Bier kostet ATS 90,--, eine Flasche Sekt Schlumberger ATS 1.300,--. Wenn ich sehe, dass eine einen Umsatz macht, dann gebe ich von meinem Trinkgeld etwas ab. Ob sie auch vom Gast etwas bekommt, kann ich nicht sehen. Die Damen können sich bei uns auch umziehen. Es gibt eine Garderobe, wo sie dann ihre Kleidung ablegen können. Ich verlange einen Einsatz für den Schlüssel. Es gibt ja in jedem Betrieb eine Garderobe. Es kann jeder dableiben. Es wird eigentlich nie etwas schriftliches ausgefüllt. Wenn niemand da ist, dann stehe ich alleine im Lokal.

Über Vorhalt der AS 16 bis 19 gebe ich an, es kann schon sein, dass so etwas ausgefüllt worden ist. Wenn etwa auf AS 16 festgehalten ist Paula (Nacht) so könnte es sein, dass sie Nachtdienst hat. Die Zeugin wirft sofort ein, sie hat keinen Nachtdienst, sondern dies heißt, dass sie in der Nacht da ist. Es werden keine Telefonnummern hinterlassen, um diese bei Bedarf anzurufen. Oft werden nicht einmal die richtigen Namen angegeben. Für die Benützung der Separees müssen die Damen nichts bezahlen.

Über Befragen des BWV:

Sie stellen also nur die Räumlichkeiten zur Verfügung und arbeiten die Damen frei auf der Straße und kommen in das Lokal? Ob die Damen auf der Straße arbeiten, weiß ich nicht, es werden aber die Räumlichkeiten und die Getränke zur Verfügung gestellt. Die Damen werden von den Gästen eingeladen und nicht von mir. Sie sind im Lokal, damit wir mehr Umsatz haben, denn sonst könnte ich ja von meinem Trinkgeld ja nichts hergeben. Wir leben von dem Umsatz, der in dem Lokal gemacht wird.?

Frau Irmgard G machte bei ihrer Einvernahme als Zeugin die folgenden Angaben:

?Ich war schon im März 1998 im gegenständlichen Lokal tätig. Ich habe nur Nachtdienst. Ob ich am Kontrolltag dabei war, weiß ich heute nicht mehr. Die Namen der drei Ausländerinnen sagen mir nichts. Auch nach Vorhalt der Fotos kann ich mich an diese nicht erinnern. Die Damen kommen wie normale Gäste, manchmal kommen sie sogar in Herrenbegleitung. Es ist kein Geschäft, wo nicht nur Herrn hinein dürfen. Es gibt auch Damenkränzchen die bei uns konsumieren. In den meisten Fällen spricht die Dame mit mir. Wenn es eine Fremde ist, dann fragt sie mich, ob sie sich zu den Gästen dazusetzen darf. Es gibt auch solche, die immer wieder kommen. Die Damen bekommen auch die Trinkprozente und reflektieren diese darauf. Denn umsonst werden sie nicht im Lokal sitzen. Wie viel Prozente sie bekommen liegt in meinem Ermessen. Ich schreibe dann genau mit, wie viel konsumiert worden ist. Ich schreibe dann auf einen Zettel den Namen des Mädchens und den konkreten Umsatz mit und davon bekommt sie dann die Prozente, und zwar so viel wie ich glaube. Mit den Damen wird schriftliches überhaupt nicht festgehalten, denn diese kommen und gehen ja wie sie wollen. Es wird sicherlich nichts schriftliches ausgefüllt. Über Vorhalt der Aktenseiten 16-19 gibt die Zeugin dann an, wenn eine länger bei uns ist, dann füllt sie so etwas aus, denn dies brauchen wir für die Fremdenpolizei. Dies wird von der Ausländerin selbst ausgefüllt und nicht von mir. Sollte eine überhaupt nicht schreiben können, so wird es vom Personal ausgefüllt. Für die Separeebenützung muss die Dame nichts bezahlen, denn wo käme man hin, wenn sie dafür was zahlen müsste. Auch die Herrn müssen dafür nichts bezahlen, sondern werden nur die Getränke bezahlt. Auf die frage, was der Vermerk zB ?Paula (Nacht)? heißt, gebe ich an, dass diese in der Nacht gearbeitet hat. Wenn eine gekommen ist, dann konnte sie angeben, dass sie am Tag oder in der Nacht kommt. Die Zeugin gibt dann sogleich an, dies stimmt insofern nicht, sondern ist dies wahrscheinlich so zu verstehen, dass sie dass in der Nacht ausgefüllt hat. Wenn bei einem Nachtdienst kein Mädchen da ist, dann stehe ich alleine mit den Gästen dort. Das Mädchen bekommt (wenn sie überhaupt ein Geld bekommt) das Geld von mir, wenn sie geht. Dies aber nur dann, wenn ich sehe, dass diese den Umsatz gesteigert hat. Es gibt dort für die Angestellten eine Garderobe. Sie kann dort sitzen, wie sie will. Die Damen können die Garderobe benutzen. Über Vorhalt der Anzeige, dass die Damen in Reizwäsche dort gegessen seien, gebe ich an, man kann niemanden vorschreiben was er anhat.

Über Befragen des BWV:

Arbeiten die Damen also ?freischaffend? und kommen zu uns, wenn sie Bedarf an Räumlichkeiten haben?

Dies ist ein Blödsinn, sie kommen und gehen wie sie wollen und sind sie ja auch Gäste. Die männlichen Gäste bekommen aber keine Prozente.?

Frau Martina Ge gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin folgendes an:

?Ich war im März 1998 im gegenständlichen Lokal beschäftigt, bin es aber seit nunmehr einem Jahr nicht mehr. Ich war dort als normale Serviererin tätig. In der Regel war ich alleine, außer bei Veranstaltungen da waren wir manchmal auch zu zweit. Es waren im Betrieb mehrere Kontrollen und kann ich mich heute nicht mehr erinnern, ob ich bei der gegenständlichen Kontrolle dabei war. Die Namen der Ausländerinnen sagen mir nichts. Auch nach Vorhalt der Fotos der drei Ausländerinnen kann ich keine zuordnen. Ich hatte Nachtdienst. Die Mädchen sind gekommen und gegangen. Wenn eine öfters gekommen ist, dann haben wir die Daten aufgenommen. Die Mädchen fragten, ?wie etwas ist?, wie es rennt bei uns. Die Mädchen haben bei uns maximal Trinkprozente bekommen. Zu Mädchen habe ich gesagt, wenn sie mir hilft, dass ich einen Umsatz mache, dann bekommt sie Trinkprozente. Dies hängt davon ab, wie sie arbeitet. Die Zeugin wirft aber sofort ein, sie meint damit, wie sie animiert. Für mich war uninteressant, was mit den Mädchen ist, für mich war nur mein Umsatz wichtig. Was dann das einzelne Mädchen von einem Gast bekommen hat, weiß ich nicht. Die Schrift auf AS 16 ist nicht von mir und auch nicht auf

AS 18. Wenn eine länger da war, also öfters gekommen ist, dann ist so etwas ausgefüllt worden. Der Passus ?Paula (Nacht)? ist so zu verstehen, dass festgehalten wurde, wie das Mädchen heißen will (Künstlernamen). Der Klammerausdruck ist so zu verstehen, dass das Formular in der Nacht ausgefüllt wurde. Über nochmalige Wahrheitserinnerung erklärt die Zeugin, dies ist so zu verstehen, dass das Mädchen in der Nacht da ist. Ob sie dann auch am Tage da ist, weiß ich ja nicht, denn ich arbeite ja nur in der Nacht. Ich habe manchmal für mich mitgeschrieben, wie viele Getränke bezüglich eines Mädchens konsumiert wurden und dies auf einer Liste festgehalten. Wenn diese dann nach Hause gegangen ist, dann hat sie von mir die Trinkprozente bekommen. Diese Trinkprozente habe ich dann dem Chef (Herrn B oder seiner Frau) aufgeschrieben. Das heißt, dass ich den betreffenden Betrag an Trinkprozenten aus den eingenommenen Beträgen ausbezahlt habe. Dies habe ich normal zu meiner Tageslosgung dazugeschrieben. Ich habe einen normalen Gehalt gehabt, der monatlich ausbezahlt wurde. Mein eigenes Trinkgeld konnte ich aber auch gleich täglich behalten. Es hat dort eine Garderobe gegeben und konnten die Damen mit einem Schlüsseleinsatz eine Garderobe benützen.?

Die Verkündung des Berufungsbescheides entfiel gemäß § 67g Abs 2 Z 2 AVG.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl Nr 218/1975 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 78/1997, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. ...

(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.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

a) in den Fällen des Abs 2 lit b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

...

(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. ...

...

#### Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 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.

...

#### Strafbestimmungen

§ 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 Geldstrafe 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;

..."

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Bw als die für die Vertretung der A-GmbH nach außen Berufene gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich für dieses Unternehmen einzustehen hat. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens nimmt es der Unabhängige Verwaltungssenat Wien als erwiesen an, dass die drei Ausländerinnen von der von der Bw (als handelsrechtliche Geschäftsführerin) vertretenen Gesellschaft am 5.3.1998 in der ?M-Bar? als Animierdamen ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigungen beschäftigt worden sind und diese Verwendung der Ausländerinnen nach dem AuslBG bewilligungspflichtig gewesen ist.

§ 28 Abs 7 AuslBG stellt für bestimmte Fälle der Betretung von Ausländern in Betriebsräumen, Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen die widerlegliche Vermutung auf, dass unerlaubte Beschäftigung von Ausländern vorliegt. Eine solche ist ua ohne weiteres anzunehmen, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen eines Unternehmens angetroffen wird, das im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich ist.

Im vorliegenden Fall liegen einige Elemente vor, welche den Tatbestand dieser Vermutung erfüllen. Unbestrittenermaßen wurden alle drei Ausländerinnen, welche zum Tatzeitpunkt zwischen 23 und 28 Jahre alt waren, in dem zum Tatzeitpunkt als Bar geführten Betrieb angetroffen. In der Anzeige und in den mit den Ausländerinnen beim Fremdenpolizeilichen Büro

aufgenommenen Niederschriften finden sich folgende Elemente:

Die Ausländerinnen wurden in aufreizender Bekleidung angetroffen. So trug Frau Bu einen weißen Minirock mit schwarzem Top, Frau T einen roten Einteiler und Frau P ein (bis in den Schritt aufgeknöpftes) enges rotes Cocktailkleid. Sie haben - nach Sachverhaltsabklärung - in einem Nebenraum der Bar ihre normale Bekleidung angezogen und dort auch ihre Taschen und Reisedokumente deponiert gehabt. Dies blieb von der Bw unbestritten. Die drei in der mündlichen Verhandlung am 26.4.2000 einvernommenen - zur fraglichen Zeit in der Bar beschäftigten - Frauen gaben übereinstimmend an, die Damen könnten sich bei ihnen umziehen und - gegen einen Schlüsseleinsatz - ihre Kleidung in einer Garderobe ablegen. Die drei Ausländerinnen waren im Wesentlichen mittellos. Pavlina Bu gab überhaupt keinen Besitz von Barmitteln an, Anita T verfügte nach ihren Angaben lediglich über ATS 200,-- und Lilla P lediglich über



ATS 160,--. Es ist davon auszugehen, dass der Aufenthalt von jungen, aufreizend bekleideten, im Wesentlichen mittelloser Ausländerinnen, die in einem Nebenraum der Bar ihre ?Privatkleidung? und Taschen (auch die Reisedokumente) aufbewahrten, den Tatbestand des § 28 Abs 7 AuslBG erfüllt. Denn es widerspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass solchen Ausländerinnen in der geschilderten Weise eine (Nacht)Bar und deren Nebenraum allgemein zugänglich wäre (vgl dazu das Erkenntnis des VwGH vom 15.12.1999, ZI 99/09/0078). Hinzu kommt, dass die Bw selbst die Animiertätigkeit der Ausländerinnen in ihrer Stellungnahme vom 17.2.1999 nicht in Abrede gestellt, sondern lediglich näher ausgeführt hat, aus welchen Überlegungen nach ihrer Auffassung die Tätigkeit der drei Animierdamen nicht dem AuslBG unterliege.

In der dem gegenständlichen Verfahren zugrundeliegenden Anzeige der Bundespolizeidirektion Wien vom 6.3.1998 ist festgehalten worden, dass Frau Pavlina Bu nach deren eigenen Angaben seit zwei Tagen in der Bar als Animiermädchen tätig sei und keinerlei Entlohnung vom Verantwortlichen der Bar bekomme (sondern nur Geldgeschenke von den Gästen). Frau Anita T sei nach deren eigenen Angaben seit dem Einreisetag - am 17.2.1998 - in der Bar als Animiermädchen tätig (bezüglich der Entlohnung habe sie dieselben Angaben wie Frau Bu gemacht). Frau Lilla P schließlich sei nach ihren Angaben in der Bar nicht als Animiermädchen tätig gewesen, sondern wolle sie sich nur zufällig in der Bar aufgehalten haben. Die drei Ausländerinnen wurden dann (im Zuge der gegen sie geführten fremdenrechtlichen Verfahren) jeweils im Beisein einer Dolmetscherin niederschriftlich einvernommen. So gab dabei etwa Frau T an, seit dem 18.2.1998 in der gegenständlichen Bar als Animierdame gearbeitet und auf diese Weise ATS 5.000,-- verdient zu haben. Nach Angabe der Frau Bu habe sie in Wien, H-markt seit zwei Tagen als Animiermädchen gearbeitet, wobei über die Entlohnung noch nicht verhandelt worden sei. Frau P gab an, Zweck ihrer Einreise in das Bundesgebiet sei die Arbeitsaufnahme gewesen.

Am 7.7.1998 wurde Herr Viktor B (in dem gegen die Bw zunächst wegen des Vorwurfes der unerlaubten Beschäftigung der drei Ausländerinnen am 6.3.1998 eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahren) einvernommen, wobei dieser angab, die Frauen könnten kommen und gehen, wann sie wollten und bekämen diese auch kein Gehalt, sondern nur anteilig Prozente an den Getränken, die die Gäste konsumierten. Die meisten Frauen kämen für zwei, drei Tage und dann einige Tage nicht. Er legte dabei Kopien von Zetteln vor, nach denen Frau Bu und Frau T zur Kenntnis nahmen, dass sie in den in diesem Lokal etablierten Separee-Räumen keine sexuellen Handlungen mit Gästen durchführen dürfen. Ferner bestätigten sie, dass sie kein Fixum, sondern lediglich Prozente von Getränken erhalten, wenn sie ein Gast darauf einlade. Die Bw wurde in dem an sie ergangenen Ladungsbescheid für die mündliche Verhandlung aufgefordert, sämtliche Unterlagen im Original mitzubringen. Dieser Aufforderung wurde - ohne Angabe von Gründen - nicht entsprochen. So fällt etwa auf, dass diese ?Bestätigungen? undatiert sind, und das jeweilige Blatt zur Hälfte bzw fast zur Gänze weiß ist. Die Bw wurde deshalb zur Vorlage der Originalunterlagen aufgefordert, weil das Erscheinungsbild der vorgelegten Kopien den Verdacht nahe legte, dass einzelne Teile des Originalblattes nicht mitkopiert worden sind.

Die Bw hat etwa in ihrer Stellungnahme vom 17.2.1999 vorgebracht, die Animierdamen erhielten für ihre Animiertätigkeit lediglich geringfügige Prozente für die von den Gästen konsumierten Getränke. Diese teilten sich ihre Arbeitszeit frei und selbständig ein und erhielten durch ihre Provisionen viel zu wenig, um davon ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können. Ein Provisionsempfänger sei jedoch kein unselbständiger Arbeitnehmer.

Auch die in der mündlichen Verhandlung am 26.4.2000 einvernommenen Zeugen haben bestätigt, dass die ?Damen? bei ihnen Trinkprozente bekommen. So gab Frau G an, die Damen bekämen die Trinkprozente und reflektierten diese darauf, denn umsonst würden sie nicht im Lokal sitzen. Sie schreibe genau auf, wie viel konsumiert worden sei. Sie schreibe auf einen Zettel den Namen des Mädchens und den konkreten Umsatz mit und davon bekomme diese dann Prozente (und zwar soviel wie sie glaube). Auch Frau Martina Ge gab an, die Mädchen hätten bei ihnen maximal Trinkprozente bekommen. Wenn eine ihr helfe, dass sie einen Umsatz mache, dann bekomme sie Trinkprozente, was davon abhängen, wie sie arbeite. Sie habe auf einer Liste festgehalten, wie viele Getränke bezüglich eines Mädchens konsumiert worden seien. Wenn diese dann nach Hause gegangen sei, habe sie von ihr die Trinkprozente bekommen. Auch Frau Erika K erklärte, die Damen schauten um einen Umsatz und wollten Geld verdienen. Auffällig war bei den Einvernahmen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung am 26.4.2000, dass diese bemüht waren, durch die Wahl der Worte in ihren Aussagen nur ja nicht den Eindruck entstehen zu lassen, die Mädchen hätten bei ihnen in der Bar ? gearbeitet?. So gab Herr B an, es sei bei ihnen so, dass die Mädchen, die dort arbeiten, keine fixe Zeit haben, diese könnten kommen und gehen wann sie wollen. Dieser Zeuge erklärte dann, wenn auf den vorgelegten Zetteln ?Nacht?

notiert sei, dann heiße dies, dass das jeweilige Mädchen in der Nacht komme. Die meisten würden Deutsch sprechen, denn wenn sie nicht Deutsch könnten, würden sie nicht ?aufgenommen?. Der Zeuge warf dann sofort ein, es sei ein Fehler, es würde niemand aufgenommen. Die Zeugin K gab etwa an, wenn eine in das Lokal komme, frage sie, ob sie bei ihnen ?arbeiten? könne. Die Zeugin erklärte dann sofort, ob sie dableiben könne, denn sie arbeite ja nicht (es gäbe kein Dienstverhältnis). Zunächst erklärte diese Zeugin, es werde bei ihnen eigentlich nie etwas Schriftliches ausgefüllt. Nach Vorhalt der

im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegten ?Bestätigungen? gab sie dann an, es könne schon sein, dass so etwas ausgefüllt worden sei. Wenn etwa auf einer dieser Kopien ?Paula (Nacht)? festgehalten sei, so könnte es sein, dass diese Nachtdienst habe. Auch nach dieser Angabe warf die Zeugin sofort ein, diese habe keinen Nachtdienst, sondern dies heiße, dass sie in der Nacht da sei.

Auch Frau G erklärte zunächst, es werde mit den Damen schriftlich überhaupt nichts festgehalten, denn diese kommen und gehen ja wie sie wollen. ber Vorhalt der ?Bestätigungen? gab sie dann an, wenn eine länger bei ihnen sei, dann flle diese so etwas aus, denn dies bräuchten sie für die Fremdenpolizei. Auf die Frage, was der Vermerk zB ?Paula (Nacht)? heiße, gab sie an, dass diese in der Nacht gearbeitet habe. Wenn eine gekommen sei, dann habe sie angeben können, dass sie am Tag oder in der Nacht komme. In der Folge erklärte diese Zeugin (offenbar zunehmend verunsichert, ob sie nicht schon zu viel von den tatsächlichen Gegebenheiten in der gegenständlichen Bar angegeben hat), dies sei wahrscheinlich so zu verstehen, dass sie dies in der Nacht ausgefüllt habe. Auch die Zeugin Ge erklärte - allerdings erst nach nochmaliger Wahrheitserinnerung - , dass der schon mehrfach erwähnte Passus ?Paula (Nacht)? so zu verstehen sei, dass das Mädchen in der Nacht da sei. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien zweifelt nun nicht daran, dass diese Angabe auf den von Herrn B im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegten Zetteln so zu verstehen ist, dass die jeweilige Dame in der Nacht gearbeitet (also Nachtdienst gehabt) hat. Es ist nämlich schwer vorstellbar, dass es in einem Nachtlokal, dessen Betrieb die Beschäftigung von Animierdamen erfordert, vollkommen dem Zufall überlassen wird, ob sich diese überhaupt zur Arbeit einfinden, ihnen ganz freigestellt

wird, wann sie wieder gehen können, ob sie sich einzelner Gäste annehmen oder nicht etc.

Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob in der hier in Rede stehenden Bar die Gäste durch die Unterhaltung mit den Animierdamen zum Konsum teurer Getränke ?animiert? werden sollen oder ob es nicht auch darum geht (dies lassen zumindest die vorhandenen Separees und die ?Kenntnisnahme? der Frauen, dass sie darin keine sexuellen Handlungen mit Gästen durchführen dürfen, vermuten), dass sich die Gäste mit den Animierdamen zur Vornahme von sexuellen Handlungen in ein Separee zurückziehen können. In diese Richtung geht offenbar auch die Vermutung des in der mündlichen Verhandlung anwesenden BwV, der etwa nach der Einvernahme des Zeugen B gefragt hat, ob er es richtig verstanden habe, dass die Damen ?freischaffend? tätig seien und die Räumlichkeiten nur zur Verfügung gestellt würden. Zu der Angabe der Zeugin G, wonach die Damen wie ?normale Gäste? kämen, ist noch anzumerken, dass es dann schon verwundert, warum eine solche Dame (wenn sie fremd ist) die Barfrau fragen muss, ob sie sich zu den Gästen dazusetzen darf und von den von den männlichen Gästen konsumierten Getränken Trinkprocente bekommt.

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 den Empfänger (Vertragspartner) einer Leistung aus einem freien Dienstvertrag, wenn der wahre wirtschaftliche Gehalt Arbeitnehmerähnlichkeit indiziert.

Bereits in seinem Erkenntnis vom 12. Februar 1986, ZI 84/11/0234 = Slg Nr 12015/A, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass das Rechtsverhältnis einer arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber auch ein so genannter "freier Dienstvertrag" sein kann. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses kann demgemäß jede Art von Arbeitsleistung sein; die Rechtsnatur der Vertragsbeziehungen zwischen der arbeitnehmerähnlichen Person und dem Arbeitsempfnger ist nicht entscheidend. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist vielmehr 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 "Arbeitnehmerhnliche" 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 (siehe dazu die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. September 1993, ZI 92/09/0322 und vom 28.7.1999, ZI 97/09/0343).

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien geht somit aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens davon aus, dass die genannten drei Ausländerinnen in der "M-Bar" in Wien, H-markt (diese Bar wird von der GesmbH der Bw betrieben) als Animierdamen beschäftigt wurden und dass der festgestellte Sachverhalt in jedem einzelnen Fall in rechtlicher Hinsicht eine bewilligungspflichtige Beschäftigung nach dem AuslBG darstellt. Eine Animierdame (wie die drei Ausländerinnen im vorliegenden Fall), die gegen Umsatzbeteiligung zur Unterhaltung der Gäste und zur Hebung des Konsumes in einem Nachtlokal tätig ist, steht in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zum Lokalbetreiber und stellt deren Tätigkeit daher eine Beschäftigung iSd § 2 AuslBG dar (vgl zB die Erkenntnisse des VwGH vom 12.11.1999, ZI 97/09/0284, vom 7.4.1999, ZI 97/09/0013 und vom 10.2.1999, ZI 98/09/0331, und die dort jeweils zitierte Vorjudikatur). Im Übrigen

wird darauf verwiesen, dass auch gelegentliche oder kurzfristige Beschäftigungen grundsätzlich als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnisse im Sinne des § 2 Abs 2 AuslBG anzusehen sind (vgl die Erkenntnisse des VwGH vom 10.4.1997, ZI 95/09/0110 und vom 19.11.1997, ZI 97/09/0169). Wenn die Bw einwendet, die Ausländerinnen erhielten durch die geringfügigen Prozente viel zu wenig, um damit ihren Lebensunterhalt verdienen zu können, so führt auch dies nicht zum Erfolg der Berufung. Unter dem "finanziellen" Gesichtspunkt ist bei der Beurteilung einer Tätigkeit unter dem Gesichtspunkt der §§ 2 und 3 AuslBG nämlich nicht zu prüfen, ob derjenige, der Arbeitsleistungen erbringt, auf die Gegenleistungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Empfänger der Arbeitsleistung zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist, ob er sie auch nur dafür verwendet oder ob er seinen Lebensunterhalt aus anderen Einkünften oder aus eigenem Vermögen bestreitet. Der Begriff des Lebensunterhalts ist nicht nur im Sinne der Existenzsicherung, sondern im Sinne einer relevanten Bedeutung für den wirtschaftlichen Lebenszuschnitt zu verstehen. Eine Prüfung dieser Frage im Einzelfall hätte insbesondere zur Konsequenz, dass je nach der Änderung der wirtschaftlichen Lage des Betroffenen außerhalb seines Verhältnisses bei Gleichbleiben des letzteren seine Arbeitnehmerähnlichkeit einmal gegeben wäre und ein anderes Mal wieder nicht. Auch wäre nicht recht einsichtig, warum bei Bejahung der persönlichen Abhängigkeit und damit der Arbeitnehmereigenschaft einer Person die wirtschaftliche Abhängigkeit nicht konkret geprüft zu werden braucht, während dann, wenn die persönliche Gebundenheit nicht den Grad der persönlichen Abhängigkeit erreicht, eine konkrete Prüfung der "finanziellen" Komponente erforderlich wäre, obwohl vom Schutzzweck der Sicherung der Entgeltansprüche kein relevanter Unterschied bestünde. Auch das Argument der Unzulänglichkeit der Anknüpfung des Arbeitnehmerbegriffes an die persönliche Abhängigkeit spricht gegen die These von der Erforderlichkeit einer konkreten Prüfung der "finanziellen" Komponente der Arbeitnehmerähnlichkeit (vgl zum Ganzen das Erkenntnis des VwGH vom 15.12.1999, ZI 97/09/0210).

Auch das Vorbringen der Bw in der ursprünglichen Berufung vom 23.9.1998, die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung wäre (gemäß § 4 Abs 3 Z 4 AuslBG) unzulässig, weil der Mindestlohn nicht eingehalten werden könne (bei den geringen Provisionen), vermag nicht zu überzeugen, wäre doch dann nach Auffassung der Bw eine Beschäftigung von Ausländern, für die eine unterkollektivvertragliche Entlohnung in Aussicht genommen wird, deshalb zulässig, weil bei der geringen in Aussicht genommenen Entlohnung eine Beschäftigungsbewilligung nicht erteilt werden könnte. Dass eine solche Schlussfolgerung aber den Intentionen des AuslBG widerspricht, liegt wohl auf

der Hand. Im Übrigen wäre der Umstand, dass ein Ausländer bei seiner Beschäftigung nur eine geringe Entlohnung bekommt, unter dem Gesichtspunkt des § 28 Abs 5 AuslBG (Verdacht der Unterentlohnung) bei der Strafbemessung allenfalls erschwerend zu berücksichtigen.

Zur ?subjektiven Tatseite?:

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, 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. Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" - als welches sich auch die Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs 1 Z. 1 lit a AuslBG darstellt - tritt somit insofern eine Verlagerung der Beweislast ein, als die Behörde lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Nach § 5 Abs 2 VStG entschuldigt die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Unkenntnis eines Gesetzes kann nur dann als unverschuldet angesehen werden, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Wer ein Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten (vgl zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. März 1991, ZI 90/09/0097). Dabei ist auch eine irrige Gesetzesauslegung ein Rechtsirrtum, der den Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass er unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte. Es besteht daher für den Arbeitgeber (bzw den Verantwortlichen einer als Arbeitgeber tätig werdenden Gesellschaft) grundsätzlich die Verpflichtung, sich ua auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann ist der Arbeitgeber verpflichtet,

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 seines Rechtsfreundes (oder Notars) allein darf sich der Arbeitgeber nicht verlassen (vgl das Erkenntnis des VwGH vom 26.5.1999 ZI 97/09/0005).

Die Bw hat in der (ersten) Berufung vom 23.9.1998 darauf hingewiesen, dass ausländische Animierdamen aufgrund einer Entscheidung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales keiner Beschäftigungsbewilligung bedürften und überdies nicht dem AuslBG unterlägen. Von der Bw ist diese von ihr erwähnte ?Entscheidung? im gesamten Verwaltungsstrafverfahren nicht vorgelegt worden. Einen Nachweis dafür, dass sie durch unrichtige Rechtsauskünfte zu einer im Ergebnis unzutreffenden Rechtsmeinung gedrängt worden wäre, hat die Bw nicht erbracht. Um den Vorwurf schuldhafter Verstöße gegen das AuslBG zu entgehen, wäre sie verpflichtet gewesen, sich einschlägig zu informieren und allenfalls den Nachweis zu erbringen, unrichtige amtliche Rechtsauskünfte hätten zu ihrem objektiv rechtswidrigen Handeln geführt. Die Bw vermochte somit nicht glaubhaft zu machen, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden im Sinne des § 5 Abs 1 VStG treffe. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass die Bw in den drei ihr vorgeworfenen Fällen schuldhaft gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen hat.

Zu der von der Bw durch ihre Vertreterin (Rechtsanwältin Mag Dr Ingrid W) mit Schriftsatz vom 6.9.1999 erstatteten Berufung und den darin enthaltenen Verfahrensrügen ist Folgendes zu bemerken:

Wenn die Bw der Erstbehörde Aktenwidrigkeit vorwirft, weil im angefochtenen Straferkenntnis darauf hingewiesen werde, es sei in der Stellungnahme vom 17.2.1999 nicht bestritten worden, dass die drei Animierdamen in einem Beschäftigungsverhältnis zur A-GmbH gestanden seien, so genügt es darauf hinzuweisen, dass in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses sehr wohl davon die Rede ist, dass die Bw in ihrer Stellungnahme vom 17.2.1999 ein Beschäftigungsverhältnis der drei Animierdamen zur A-GmbH bestritten hat, sodass von einer ?Aktenwidrigkeit? keine Rede sein kann. Nachdem das zunächst ergangene

Straferkenntnis der Erstbehörde vom 31.8.1998 (mit einem Tatzeitpunkt ?6.3.1998?) mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenaten Wien vom 18.12.1998, ZI UVS- 07/A/52/00713/98, behoben und hinsichtlich des 6.3.1998 das

Verfahren eingestellt worden war, erging an die Bw mit Schreiben der Erstbehörde vom 3.2.1999 (abgefertigt am 4.2.1999) eine Aufforderung zur Rechtfertigung, wobei als Tatzeitpunkt der 5.3.1998 angeführt ist. Diese Aufforderung zur Rechtfertigung vom 3.2.1999, die dem Inhalt und ihrer Form nach den Anforderungen des VStG an eine Verfolgungshandlung entspricht, wurde innerhalb der einjährigen (Tatzeitpunkt: 5.3.1998) Verfolgungsverjährungsfrist erlassen, weil dieser behördliche Akt durch die Postaufgabe am 4.2.1999 nach außen in Erscheinung getreten ist. Dies führt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Ausschluss der Verfolgungsverjährung, sodass entgegen der Auffassung der Bw "Verjährung" nicht eingetreten ist. Verwunderlich ist auch, wenn die Bw vorbringt, sie habe bezüglich des Tatzeitpunktes 5.3.1998 keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt, verweist sie doch an anderer Stelle in ihrer Berufung auf ihre Stellungnahme vom 17.2.1999, welche die Bw (durch ihre Rechtsanwältin) zur Aufforderung zur Rechtfertigung vom 3.2.1999, zur ZI MBA 3 - S/213/99 (in dem als Tatzeitpunkt der 5.3.1998 angegeben ist) erstattet hat. Das gesamte Vorbringen der Bw, wonach ihr zum Vorwurf der unerlaubten Beschäftigung der drei Ausländerinnen am 5.3.1998 kein Gehör gewährt und kein Ermittlungsverfahren durchgeführt wurde, geht daher ins Leere. Der Vollständigkeit halber sieht sich der Unabhängige Verwaltungssenat Wien auch noch zu folgendem Hinweis veranlasst: Eine Zurückverweisung der Angelegenheit zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an die Erstbehörde kommt von vornherein nicht in Betracht, weil der Unabhängige Verwaltungssenat nach dem VStG (vgl § 24 zweiter Satz leg cit, der die Anwendbarkeit des § 66 Abs 2 AVG im Verwaltungsstrafverfahren ausdrücklich ausschließt) nicht die rechtliche Möglichkeit hat, nach § 66 Abs 2 AVG vorzugehen (vgl das Erkenntnis des VwGH vom 23.2.1994, ZI 93/09/0383).

Zur Strafbemessung ist folgendes auszuführen:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Gebot des § 3 Abs 1 AuslBG, einen ausländischen Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung nicht zu beschäftigen, dient dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer (vgl das Erk des VwGH vom 2.12.1993, ZI 93/09/0186). Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Taten kann daher nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und - zusätzlich - zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (vgl das Erk des VwGH vom 21.4.1994, ZI 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen).

Auch das Verschulden der Bw konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Im Verfahren sind weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe hervorgekommen. Die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Bw konnte nicht als mildernd gewertet werden, denn nur die "absolute" Unbescholtenheit stellt einen Milderungsgrund dar (vgl das Erkenntnis des VwGH vom 3.12.1992, ZI 91/19/0169). Nach der Aktenlage (Vorstrafenverzeichnis des Bezirkspolizeikommissariates L, AS 19) war über die Bw schon zum Tatzeitpunkt eine - wenn auch nicht einschlägige - Verwaltungsvormerkung (nach § 5 Abs 1 StVO) rechtskräftig verhängt worden (und ist diese auch noch nicht getilgt), sodass ihr der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht zugute kommen kann.

Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvv/index.html>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)