

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

08.08.2008

Geschäftszahl

2008/09/0002

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kühnberg, über die Beschwerde des TL in W, vertreten durch Dr. Michael Vallender, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Paulanergasse 14, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 23. August 2007, Zl. UVS- 07/A/3/2344/2007, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 23. August 2007 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als Arbeitgeber am 18. Oktober 2006 in W, K-Gasse ("Club ...") die slowakische Staatsbürgerin K, die nigerianische Staatsbürgerin O und die ungarische Staatsbürgerin S als Prostituierte beschäftigt, obwohl für diese weder eine Beschäftigungsbewilligung für diese Beschäftigung bzw. Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch drei Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) begangen. Es wurden gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG drei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils fünf Tagen) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach Hinweis auf die durchgeführten mündlichen Verhandlungen, Darstellung der Verfahrensergebnisse und Wiedergabe der wesentlichen Gesetzesbestimmungen aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens ist als erwiesen anzusehen, dass die drei verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen am 18.10.2006 in Wien 4., K-G, in dem vom Berufungswerber betriebenen Lokal 'C' im Aufenthaltsraum auf Kunden zur Ausübung der Prostitution wartend angetroffen worden sind und über keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen verfügten. Diese Feststellungen gründen sich auf die unbedenklichen Angaben in der Anzeige, im Zusammenhang mit den Aussagen der einvernommenen Zeugen und werden vom Berufungswerber auch nicht bestritten. Laut dem, vom Berufungswerber vorgelegten Plan des Mietgegenstandes besteht das Lokal aus einem Aufenthaltsraum mit Rezeption und Kunden-WC, einem, durch einen Lagerraum erreichbaren Personal-WC, sowie drei über einen Gang erreichbaren Zimmern, jeweils ausgestattet mit einem Doppelbett und einer Dusche.

Das Lokal wurde, gemeinsam mit zwei weiteren 'C'-Lokalen in einer, vom Berufungswerber erstellten und von einer Tochtergesellschaft einer Gesellschaft des Berufungswerbers betriebenen Homepage beworben. Auf dieser Homepage konnten die in den Clubs angebotenen sexuellen Leistungen, detailliert aufgeschlüsselt nach Art und Dauer der erbrachten sexuellen Leistung, inklusive Zimmerpreis, teilweise inklusive Getränken, sowie die Öffnungszeiten der Clubs nachgelesen werden. In diesem Zusammenhang wurde auf dieser Internetseite

auch auf Stammkunden- und Sonderaktionen hingewiesen. Den im Lokal tätigen Prostituierten standen drei Arbeitszeitvarianten, nämlich von 09.30 Uhr bis

18.30 Uhr, 12.30 Uhr bis 22.30 Uhr und 18.30 Uhr bis 02.00 Uhr zur Auswahl. Auf dieser Internetseite wurde unter der Überschrift 'Wir suchen noch Verstärkung!' EU-Bürgerinnen mit gültiger Kontrollkarte aufgefordert, im Falle sie interessiert seien, im 'C' mitzuarbeiten, sich unter einer dort angegebenen Handynummer zu melden. Diese Feststellungen gründen sich auf die im Akt einliegenden Ausdrucke aus der genannten Internetseite.

Der Berufungswerber hat das Lokal angemietet, die Einrichtung, Getränke, Hygieneartikel und Bettwäsche beigestellt, die Homepage bezahlt und Inserate für den Club in Tageszeitungen geschaltet. Diese Feststellungen gründen sich auf die Aussagen des Berufungswerbers in der öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Schon der Anschein spricht also dafür, dass die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen vom Berufungswerber im Rahmen seines Betriebes als Prostituierte beschäftigt worden sind.

Der Berufungswerber bestreitet dies und bringt vor, bei seinem Betrieb habe es sich lediglich um eine Zimmervermietung gehandelt. Die Frauen hätten jeweils ein bestimmtes Zimmer angemietet, in welchem sie für die Dauer des Mietverhältnisses machen konnten, was sie wollen, sei es dort die Prostitution auszuüben, oder auch dort zu übernachten.

Dieses Vorbringen ist durch die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens widerlegt:

Der Berufungswerber selbst musste in der öffentlichen Verhandlung eingestehen, dass in den von ihm vorgelegten Mietverträgen mit den verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen weder vereinbart wurde, welches Zimmer Mietgegenstand ist, noch wann es benützt werden kann, noch was es kostet. Vielmehr ergibt sich aus den Aussagen des Berufungswerbers sowie der einvernommenen Ausländerinnen, dass von den Frauen kein konkretes Zimmer für eine bestimmte Dauer gemietet worden ist, sondern von den Frauen mit den Kunden ein jeweils freies Zimmer benützt wurde und, um eine reibungslose Auslastung der Zimmer zu gewährleisten, zwischen dem Berufungswerber und den Frauen Anwesenheitszeiten vereinbart worden sind, die, wie der Berufungswerber aussagte, als Bestandteil des Zimmerbelegungsplanes Bestandteil des zwischen dem Berufungswerber und den Ausländerinnen jeweils geschlossenen Vertrages waren und in der Homepage des Betriebes auch ausgewiesen worden sind.

Wie sich aus den vorliegenden Vertragsurkunden im Zusammenhalt mit den Aussagen der als Zeugen einvernommenen Ausländerinnen ergibt, wurde auch ein für ein bestimmtes Mietobjekt und bestimmte Mietdauer festgelegtes Entgelt weder vereinbart noch bezahlt. Aus den Aussagen der Zeuginnen O und K, die im unmittelbaren Eindruck eingeschüchtert und instruiert wirkten und bemüht waren, den Berufungswerber nicht zu belasten, ergibt sich immerhin, dass sie in Unkenntnis des Inhalts der vorgelegten Mietverträge waren. Aus ihren Aussagen ist weiters zu entnehmen, dass die Höhe der von ihnen tatsächlich an den Berufungswerber abgeführten Geldbeträge in keinen Zusammenhang mit den vom Berufungswerber vorgelegten Rechnungen stand. Auf Grund der Aussage der Zeugin O, sie habe beispielsweise in einem Monat, in dem sie Euro 400,-- oder 500,-- verdiente, dem Berufungswerber Euro 200,-- gezahlt, sieht der Unabhängige Verwaltungssenat Wien vielmehr als erwiesen an, dass die Kunden für die von den Frauen erbrachten Leistungen das in der Homepage des Betriebes und den ausgehängten Preislisten vorgegebene Entgelt an die Frauen bezahlten, welche dieses, unter Einbehaltung ihres Anteils, an den Berufungswerber weitergaben. Dass es sich bei den vom Berufungswerber öffentlich gemachten Preisen lediglich um Richtpreise gehandelt haben soll ändert nichts daran, dass dadurch ein Preisniveau vorgegeben wurde. Dafür, dass die Ausländerinnen darüber hinaus erfolgreich höhere Preise verlangt hätten, fand sich kein Hinweis und erscheint dies, von der Möglichkeit eines Trinkgeldes abgesehen, auch nicht lebensnahe.

Die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen haben somit tatsächlich ihre Tätigkeit in den Betriebsräumen des Berufungswerbers, unter Benützung der von ihm beigestellten Infrastruktur, im Rahmen des von ihm vorgegebenen Preisniveaus erbracht und wurden dafür durch eine anteilige Provision am erzielten Umsatz bezahlt. Die Frauen haben lediglich ihre persönliche Arbeitskraft ohne jedes ausgabenseitige Unternehmensrisiko beigestellt. Ihre Tätigkeit stellte einen unverzichtbaren Bestandteil des vom Berufungswerber betriebenen Unternehmens dar. Bei den vereinbarten Anwesenheitszeiten handelt es sich in diesem Zusammenhang somit um nichts anderes als Arbeitszeitvereinbarungen zwischen dem Berufungswerber und den verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen mit dem Zweck, den reibungslosen Betrieb des Lokals des Berufungswerbers zu gewährleisten. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Arbeitszeitvereinbarungen zwischen dem Berufungswerber und den Ausländerinnen nach vorhergehender Absprache mit den Kolleginnen getroffen worden sind, da dies nur Ausdruck der, der Begründung eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses innewohnenden Vertragsfreiheit ist. Der Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses steht es auch nicht entgegen, dass der Berufungswerber keine konkreten Anweisungen über die von den Ausländerinnen zu erbringenden Tätigkeiten gegeben hat. Vielmehr ist es für das Dienstleistungsgewerbe geradezu typisch, dass dort beschäftigte Arbeitnehmer im Rahmen des Unternehmensgegenstandes des sie beschäftigenden Unternehmens unmittelbar den Aufträgen der Kunden des Unternehmens entsprechen."

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erachtete die belangte Behörde die objektive Tatseite somit als erwiesen. Zur subjektiven Tatseite führte die belangte Behörde aus, bei den gegenständlichen Übertretungen handle es sich um Ungehorsamsdelikte. Der Beschwerdeführer habe nicht

glaubhaft gemacht, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden nicht möglich gewesen wäre. Der Hinweis des Beschwerdeführers, auf einer Website des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen sei ersichtlich, dass Prostitution nur selbständig ausgeübt werden könne und habe er im Vertrauen auf diese Information lediglich Zimmer zur selbständigen Ausübung der Prostitution vermietet, gehe schon im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach Prostitution auch im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werden könne, sowie darauf, dass der Beschwerdeführer nicht lediglich Zimmer zur selbständigen Ausübung der Prostitution vermietet, sondern die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen im Rahmen seines Betriebes in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt habe, ins Leere.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, verzichtete jedoch auf die Erstattung einer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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. Vielmehr habe er den Prostituierten lediglich Zimmer "vermietet", in denen sie "auch nächtigen" hätten können.

Der Beschwerdeführer vermisst "wesentliche Feststellungen". Er übersieht, dass diese, soweit es sich tatsächlich um festzustellende Sachverhalte handelt, ohnehin in der Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde enthalten sind. So wurde die "ausgeübte Tätigkeit" der Ausländerinnen mit "im Aufenthaltsraum auf Kunden zur Ausübung der Prostitution wartend" beschrieben. Bei "Verknüpfung mit der Tätigkeit des Beschwerdeführers", "Geschäftszweck der Tätigkeit des

Beschwerdeführers", "Interessen der ... Ausländerinnen in Relation

zu jenen des Beschwerdeführers", "wirtschaftliche(r) Nutzen der Handlungen der Ausländerinnen in Relation zur Tätigkeit des Beschwerdeführers" handelt es sich nicht um festzustellende Sachverhalte, sondern bereits um auf dem ermittelten Sachverhalt aufbauende Elemente der rechtlichen Beurteilung, ob es sich um eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG handelt. Sofern darin aber Sachverhaltselemente enthalten sein sollten, so legt der Beschwerdeführer konkret nicht dar, was die belangte Behörde hätte feststellen sollen.

Diesbezüglich übersieht der Beschwerdeführer, dass bei dieser Beurteilung (in methodischer Hinsicht) zu beachten ist, dass nicht alle Kriterien, die in einem konkreten Einzelfall möglicherweise relevant sein können, als solche aber gar nicht erschöpfend erfassbar sind, verwirklicht sein müssen. Eine Person kann als arbeitnehmerähnlich auch beurteilt werden, hinsichtlich deren Tätigkeit das eine oder andere (relevante) Merkmal fehlt oder nur geringfügig ausgeprägt ist, während andere Merkmale in besonders prägnanter Weise zum Ausdruck kommen. Einzelne Umstände, die für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen, dürfen nicht isoliert voneinander, sondern müssen in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl und Stärke (Gewicht) bewertet werden. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach den Regeln des "beweglichen Systems", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

Was der Beschwerdeführer mit "Abhängigkeit der Ausübung des Beschwerdeführers als Vermieter" meint, ist nicht nachvollziehbar. Zur vermissten "Mietberechnung" und den behaupteten "Mietzahlungen" ist der Beschwerdeführer auf die Ausführungen der belangten Behörde zu verweisen, dass derartige "Mietzahlungen" nicht glaubhaft seien.

Sodann rügt der Beschwerdeführer als "Aktenwidrigkeiten" die Ableitung von "Arbeitszeitvarianten" oder die Vereinbarung von "Anwesenheitszeiten".

Die vom Beschwerdeführer gerügten Aktenwidrigkeiten liegen nicht vor, da eine Aktenwidrigkeit lediglich dann anzunehmen ist, wenn der Akteninhalt unrichtig wiedergegeben wurde, nicht aber, wenn Feststellungen getroffen werden, die auf Grund der Beweiswürdigung oder einer anders lautenden rechtlichen Beurteilung mit den Behauptungen einer Partei nicht übereinstimmen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 1996, Zl. 95/20/0689).

Er rügt auch die Feststellung als aktenwidrig, er habe "Getränke, Hygieneartikel und Bettwäsche" beigelegt. Diesbezüglich ist der Beschwerdeführer an seine eigene Aussage am 24. April 2007 zu erinnern (es befänden sich vier Eiskästen des Beschwerdeführers mit seinen Getränken im Betrieb, die von den Damen an Kunden verkauft werden konnten, was mit ihm abzurechnen gewesen sei; sowie dass Bettwäsche "schon zur

Verfügung gestellt" werde). Dass "Hygieneartikel" vom Beschwerdeführer beigelegt wurden, findet sich in der Aussage der Zeugin K. Damit ist auch diesbezüglich keine Aktenwidrigkeit gegeben.

Sollte der Beschwerdeführer mit der Behauptung von "Aktenwidrigkeiten" aber die Beweiswürdigung der belangten Behörde bekämpfen (dies könnte auf Grund der Hinweise des Beschwerdeführers auf vereinzelte und aus dem Zusammenhang gerissene Passagen seiner eigenen Aussagen und auf andere Beweismittel (wie Teile der Aussagen der O und der K, allerdings unter Verkenntnis des tatsächlichen Inhaltes dieser Aussagen) angenommen werden), so stellt er nur eine (noch dazu auf einem selektiv ausgewählten Teil der aufgenommenen Beweise beruhende) Behauptung den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, da die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nämlich nicht befugt, an die Stelle einer schlüssigen Beweiswürdigung der belangten Behörde eine andere, allenfalls auch schlüssige Beweiswürdigung zu setzen.

Überdies ist der Beschwerdeführer zu seinem wiederholten Vorbringen, es habe sich nur um "Zimmervermietung" an die drei Ausländerinnen gehandelt, auf seine eigene Aussage hinzuweisen, dass die drei Zimmer im angeblichen "Mietzeitraum" der drei verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen von fünf "Mieterinnen" benutzt wurden, was selbst ohne Miteinbeziehung der übrigen Beweismittel schon gegen die "Vermietungskonstruktion" spricht. Hinzu kommt, dass die Ausländerin O entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers die Bezahlung der "Miete" eben nicht als nur von der "Mietdauer", sondern als vom Geschäftsgang abhängig geschildert (was klar auf eine anteilige Provision am Umsatz deutet) und sie die Benützung verschiedener Zimmer (also nicht nur des angeblich "gemieteten") angegeben hat. Auch die Ausländerin K sagte aus, dass die "Monatsmiete" nicht für ein bestimmtes Zimmer bezahlt worden sei und sie dafür auch "Präservative, Handtücher und Duschgel" bekommen habe. Beide Zeuginnen hatten zudem keine Ahnung vom Inhalt des angeblichen "Mietvertrages" und konnten nicht erklären, warum auf den vom Beschwerdeführer im Verfahren vorgelegten "Rechnungen" andere "Mietbeträge" stünden, als sie tatsächlich gezahlt hätten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt die Ansicht vertreten, dass die Ausübung der Prostitution von Ausländerinnen in einem Nachtclub oder ähnlichen Lokalitäten unter Beteiligung am Umsatz (auch an den verkauften Getränken) auf Grund der wirtschaftlichen Gestaltung des abgeschlossenen Vertrages als Verwendung unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie Arbeitnehmer zu qualifizieren ist (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 4. April 2001, Zl. 99/09/0156).

Der Beschwerdeführer wendet zu dieser schon von der belangten Behörde zitierten Judikatur ein, der gegenständliche "Club" sei kein Nachtclub oder eine ähnliche Lokalität. Es braucht nicht untersucht zu werden, ob es überhaupt wesentlich auf die Art des Lokals ankommt, denn der Beschwerdeführer lässt den von ihm im Verwaltungsverfahren vorgelegten Plan des "Clubs" außer Acht, der u. a. einen "Aufenthaltsraum & Reception" aufweist (in dem die Ausländerinnen auf Kunden wartend angetroffen wurden). Der "Club" kommt also einem Bordell (was im gegenständlichen Zusammenhang als ähnliche Lokalität wie ein Nachtclub anzusehen ist) nahe, weshalb die zitierte Rechtsprechung ohne weitere Ausführungen auf den vorliegenden Fall angewendet werden kann.

Da die belangte Behörde auf Grund schlüssiger Beweiswürdigung davon ausgehen durfte, dass die Preise für die von den Prostituierten zu erbringenden Leistungen vom Beschwerdeführer festgesetzt waren (zum Teil inklusive Getränke; siehe die im Akt einliegenden Preislisten des "Clubs"), die angeblichen "Mietzahlungen" die Ablieferung des die anteilige Provision der Ausländerinnen am erzielten Umsatz übersteigenden Teiles der Kundenzahlungen darstellten, Arbeitszeiten (wenn auch in drei Varianten) festgesetzt waren, vom Beschwerdeführer die "Betriebsmittel" stammten, die Homepage des "Clubs" bezahlt und Inserate für den "Club" in Tageszeitungen geschaltet wurden, durfte die belangte Behörde die Tätigkeit der Ausländerinnen zu Recht als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG werten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. November 2002, Zl. 99/09/0167).

Das Verschulden betreffend beruft sich der Beschwerdeführer auf eine Website des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen, wonach Prostitution in selbständiger Weise betrieben werde; er habe die Räume nur vermietet. Dies kann den Beschwerdeführer schon deshalb nicht entschuldigen, weil im gegenständlichen Fall eben keine Zimmervermietung vorlag und nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch Prostitution als abhängige Beschäftigung ausgeübt werden kann. Zudem ist die Website in allgemeiner Form gehalten und geht auf einen Sachverhalt wie dem vorliegenden in keinsten Weise ein.

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

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Wien, am 8. August 2008