

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

10.12.2009

Geschäftszahl

2009/09/0102

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde der MD in L, vertreten durch Dr. Wolfgang Mayrhofer, Rechtsanwalt in 4310 Mauthausen, Poschacherstraße 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 27. Februar 2009, Zl. VwSen-251974/26/Lg/Hue, betreffend Bestrafungen nach dem AuslBG (weitere Partei: Bundesminister für Finanzen; Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 27. Februar 2009 wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, sie habe vier ungarische Staatsbürgerinnen am 16. Mai 2006 in dem von ihr gemieteten Haus T beschäftigt, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Die Beschwerdeführerin habe dadurch vier Übertretungen gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden vier Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 34 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde - nach Wiedergaben von Beweisergebnissen - aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Im Hinblick auf den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ist im Zweifel von der Darstellung der (Beschwerdeführerin) auszugehen. Soweit Widersprüche zu anderweitigen Behauptungen auftreten, ist festzuhalten: Die Ausländerinnen kassierten den Lebenslohn selbst und lieferten davon den Betrag von 40 Euro bzw. 70 Euro an die (Beschwerdeführerin) unter dem Titel einer Zimmermiete ab. Diese Vorgangsweise ist - entgegen einer Interpretationsmöglichkeit des Personenblatts und mit der zeugenschaftlichen Aussage von SA und der Darstellung der (Beschwerdeführerin) anlässlich der Kontrolle und in der öffentlichen mündlichen Verhandlung - im Zweifel anzunehmen. Die Behauptung, dass die Prostituierten ihre Preise selbst mit den Kunden aushandelten (autonom bestimmten) konnte nicht widerlegt werden. Analoges gilt für die Benützung der strengen Kammer. Einen fixen Monatslohn erhielten die Prostituierten nicht. Auch diesbezüglich ist im Zweifel der - ohnehin lebensnäheren - Darstellung der (Beschwerdeführerin) und SA zu folgen. Hingegen stand den Ausländerinnen das (von ihnen zur Prostitution genützte Zimmer) ohne zusätzliches Entgelt als Wohnmöglichkeit zur Verfügung. Vorgeschriebene Arbeitszeiten gab es nicht. Auch diesbezüglich bestätigte SA die Darstellung der (Beschwerdeführerin) und ist auch in diesem Punkt der mündlichen Darstellung im Beisein eines Dolmetschers der Vorzug vor Eintragungen in ein - wenn auch sprachlich geeignetes - Formular zu geben. Im Zweifel ist ferner davon auszugehen, dass es keine von der (Beschwerdeführerin) angeordneten Öffnungszeiten des Hauses gab, geschweige denn fremdbestimmte Arbeitszeiten für die Prostituierten. Auch sonstige Anweisungen (etwa hinsichtlich der Kleidung, der Kondombenutzung usw.) konnten nicht nachgewiesen werden."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde - nach Referierung von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum "Rotlichtmilieu" - diesen Sachverhalt folgendermaßen:

"Im Lichte dieser Rechtsprechung ist die Tätigkeit der gegenständlichen Ausländerinnen als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren: Die Lokalität fungierte als Bordell, sodass die (widerlegliche) Vermutung für die Arbeitnehmerähnlichkeit der Prostituierten im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eingreift. Besondere Umstände, die dieser Vermutung entgegenstehen, wurden nicht geltend gemacht. Die Weisungsunabhängigkeit der Prostituierten stünde der Annahme eines Arbeitsverhältnisses, nicht jedoch der Feststellung eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses entgegen. Großes Gewicht kommt dem Umstand zu, dass die Zimmermiete nicht von der Dauer des Mietverhältnisses sondern vom Geschäftsgang der Prostituierten abhängig war: Dies kommt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 2 Abs. 4 AuslBG) der Beteiligung der (Beschwerdeführerin) am Liebeslohn gleich. Die unentgeltliche Zurverfügungstellung einer Wohnmöglichkeit ist (ebenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise) als Naturalentlohnung zu werten. Selbst wenn man davon ausginge, dass die geschäftsgangsabhängige Miete eine Gegenleistung nicht nur für die Nutzung des Zimmers zu Prostitutionszwecken darstellt sondern auch für die Nutzung des Zimmers als Wohnung, wäre durch diese (für eine Zimmervermietung atypische) Konstruktion eine Bindung im Sinne einer wirtschaftlichen Abhängigkeit gegeben. Gleichgültig, wie man diese Konstruktion auffasst, ist festzuhalten, dass die Zurverfügungstellung des Zimmers für Prostitutions- und Wohnzwecke infolge der Geschäftsgangsabhängigkeit der wirtschaftlichen Interessenlage nach die Dauer der Geschäftsbeziehung zwischen der Vermieterin und der Prostituierten mit der Arbeitsintensität der Prostituierten junktimiert (einfach ausgedrückt: eine untätige Prostituierte wird sich nicht lange ihrer Position als Mieterin erfreuen) - auch dies ist als Moment wirtschaftlicher Abhängigkeit zu werten. Darüber hinaus ist festzustellen, dass diese Konstruktion, ebenfalls typisch für ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis, auf Regelmäßigkeit des Tätigwerdens der Prostituierten angelegt ist und der wirtschaftliche Erfolg der Prostituierten (auch) der (Beschwerdeführerin) zugute kommt. Selbstverständlich war die Leistung der Prostituierten persönlich zu erbringen und war eine Art Berichterstattungspflicht (Bekanntgabe der Nutzungsdauer der Zimmer für Prostitutionszwecke) gegeben.

Dazu kommt, dass die (Beschwerdeführerin), bei allem Bemühen um Reduktion des Betriebscharakters, Leistungen erbrachte, die eher für einen Bordellbetrieb als für eine Zimmermiete typisch sind. In diesem Zusammenhang ist auf die Reinigung der Bettwäsche und die Einrichtung einer Homepage mit dem Zweck der Anwerbung von Kunden und die entgeltliche Benützungsmöglichkeit der 'strengen Kammer' unabhängig von der Zimmermiete zu verweisen."

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 Verwaltungsverfahrenes vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN).

Für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses (§ 2 Abs. 2 lit. a AuslBG) ist entscheidend, dass die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber vorliegt, die sich in der Eingliederung in und die Unterwerfung unter die betriebliche Organisation des Arbeitgebers manifestiert. Daraus resultiert dann auch die wirtschaftliche Abhängigkeit. Wesentlich sind dabei die persönliche Dienstpflicht (Ausschluss einer Vertretung), die Weisungsunterworfenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsdurchführung und die damit verbundene Ausschaltung jeglicher Bestimmungsfreiheit, ferner die Kontrolle durch den Dienstgeber. Für die selbständige Tätigkeit spricht hingegen die Tragung des unternehmerischen Risikos oder die Arbeit mit eigenen Betriebsmitteln.

Die Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) wird dann anzunehmen sein, wenn zwar die für ein "echtes" Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einem solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien

fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012). Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt -

nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (Werkvertrag oder freier Dienstvertrag; vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2000, Zl. 99/09/0011). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2003, Zl. 2000/09/0208). Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012).

Als typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung werden etwa die Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers, Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, persönliche Leistungspflicht, Beschränkung der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit, Berichterstattungspflicht, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Arbeit nur für einen oder nur eine geringe Zahl von Auftraggebern, Unternehmensbindung, Entgeltlichkeit oder direkter Nutzen der Arbeitsleistung für den Auftraggeber genannt.

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", 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. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187).

Die von der belangten Behörde hervorgehobenen Umstände (und daraus gezogene Schlüsse, die zum Teil keine Deckung im Sachverhalt finden (so z.B., dass eine "untätige Prostituierte sich nicht lange ihrer Position als Mieterin erfreuen" würde; die "Leistung" der Prostituierten sei persönlich zu erbringen - hier bestand die Leistung gegenüber der Beschwerdeführerin nur in der Zahlung eines Betrages für das Zimmer, die eigentliche "Leistung" hatte die Prostituierte wohl ihrem Kunden zu erbringen)) können im Hinblick auf die Zimmermiete und Zurverfügungstellung einer unentgeltlichen Wohnmöglichkeit, die "Art Berichterstattungspflicht", die Reinigung der (was die belangte Behörde nicht erwähnt: von den Prostituierten selbst besorgten) Bettwäsche und die Einrichtung einer Homepage (wobei die belangte Behörde die Aussage der Beschwerdeführerin, von der die belangte Behörde ausging, unvollständig heranzieht: Die Ungarinnen hätten selbst Annoncen in Zeitungen in Auftrag gegeben und diese auch selbst bezahlt) zwar als Hinweise auf wirtschaftliche Abhängigkeit angesehen werden (wobei dies noch durch die unvollständige Darstellung durch die belangte Behörde relativiert wird).

Dem stehen aber nach der Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde gegenüber: Die Ungarinnen waren frei in der Festsetzung des Liebeslohnes mit dem Kunden (auch in der "strengen Kammer"), sie erhielten keinen "fixen" Monatslohn durch die Beschwerdeführerin, sie hatten für die Zimmerbenützung zu bezahlen, es gab keine vorgeschriebenen Arbeitszeiten, keine von der Beschwerdeführerin angeordneten Öffnungszeiten und keine Anweisungen hinsichtlich Kleidung, Kondombenutzung etc. Schon diese Umstände sprechen für eine selbstbestimmte unternehmerische Tätigkeit der Ungarinnen.

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin auch ausgesagt hat, die Raumpflege sei von den Ungarinnen selbst besorgt worden, sie hätten die Bettwäsche selbst besorgt, auch die Gesundenuntersuchung habe die Beschwerdeführerin nicht kontrolliert, dies habe die Polizei besorgt. Es habe auch keinen Barbetrieb noch Tanzdarbietungen in einem Klubraum oder dergleichen gegeben. Auch diese Umstände sprechen gegen ein Unterordnungsverhältnis der Ungarinnen zur Beschwerdeführerin.

Mit den gegen eine Unselbständigkeit sprechenden Umständen hat sich die belangte Behörde aber in Verkenntung der Rechtslage in dem Sinne, als zur Abgrenzung zwischen selb- und unselbständiger Tätigkeit eine Gesamtbetrachtung anzustellen ist, nicht ausreichend auseinandergesetzt.

Die von der belangten Behörde zitierten hg. Erkenntnisse betrafen jeweils, wie die Beschwerdeführerin in der Beschwerde zu Recht aufzeigt, nicht vergleichbare Sachverhalte.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Von der von der Beschwerdeführerin beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 4 und 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. August 1998, Zl. 96/09/0120).

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Das Mehrbegehren hinsichtlich des Schriftsatzaufwandes war abzuweisen, weil neben dem

pauschalierten Ersatz des Schriftsatzaufwandes ein Kostenersatz unter dem Titel der Umsatzsteuer nicht zusteht.

Wien, am 10. Dezember 2009