

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.01.2010

Geschäftszahl

2009/09/0254

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 RF in G, vertreten durch Dr. Paul Delazer, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Maximilianstraße 2 (Hauptpostgebäude), gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 26. Juni 2009, Zl. uvs-2008/27/3160-5, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 14. April 2008 wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, sie habe es als Arbeitgeberin zu verantworten, dass sie

1) die ungarische Staatsangehörige HB in der Zeit vom 14. Juni 2006 bis 9. Juli 2006 und 2) die ungarische Staatsangehörige IN am 9. Juli 2006 im Table Dance Lokal T beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Die Beschwerdeführerin habe dadurch zwei Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) begangen. Es wurden zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils drei Tagen) verhängt.

Gegen diesen Bescheid erhob die beschwerdeführende Partei Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, welcher ihn mit Erkenntnis vom 18. September 2008, Zl. 2008/09/0176, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufhob.

Die belangte Behörde erließ sodann den nunmehr angefochtenen (Ersatz-)Bescheid vom 26. Juni (richtig wohl: September) 2009, mit welchem sie der Berufung der beschwerdeführenden Partei insofern Folge gab, als sie die Strafen auf jeweils EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 24 Stunden) herabsetzte.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde aus, sie habe eine mündliche Verhandlung durchgeführt; auf Grund des Beweisverfahrens stehe folgender Sachverhalt fest (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Aufgrund einer Diebstahlsanzeige bei der Polizeiinspektion Gries a.Br. vom 09.07.2006 durch Frau HB, ungarische Staatsbürgerin, hat sich ergeben, dass diese gemeinsam mit ihrer Freundin IN, ungarische Staatsbürgerin, im Cafe T in G beschäftigt war. Dabei hat die Anzeigerin HB ausgeführt, dass sie seit dem 14.06.2006 bis zum Tag der Anzeige, dem 09.07.2006, als Table-Dance-Tänzerin im Cafe T beschäftigt war und sie neben dem Lokal in einem eigenen Haus, dem ehemaligen Cafe G in einer Wohnung gemeinsam mit ihrer Freundin IN, die ebenfalls im Cafe T beschäftigt war, gewohnt hat. Sie hat auch am 08.07.2006 über die Nacht zum 09.07.2006 im Cafe T gearbeitet und hat sie angeführt, dass sie am 08.07.2006 gemeinsam mit IN von der Wohnung gegen

21.30 Uhr in die Garderobe des Lokales gegangen ist und die beiden ihre Beautycases auf der dortigen Couch abgestellt hätten. Die Anzeigerin schilderte den Arbeitsablauf, der in der Regel immer gleichermaßen abläuft, nämlich dass die Tänzerinnen gegen

21.30 Uhr in die Garderobe des Lokales gehen und sich dort für die Tanzeinlagen herrichten. In der Folge begeben sie sich sodann in das Gastlokal und animieren die Gäste, wobei sich die Table Tänzerinnen immer abwechseln. Auch an jenem Abend hat die Anzeigerin mit den anderen Tänzerinnen das Publikum unterhalten. Die Tänzerinnen erhalten von den Gästen im Lokal, die einen Table-Dance bestellen, einen Betrag von Euro 30,00, wenn hingegen auf der Tanzfläche an der Stange getanzt wird grundsätzlich kein Entgelt, nur manchmal von den Gästen Geld hinter den Slip gesteckt. Im Übrigen befindet sich im Lokal auch ein von den Tänzerinnen als 'Separee' bezeichneter Raum, der über eine Stiege im ersten Stock des Lokales erreichbar ist. Dort zahlen Gäste Euro 50,00, wobei Euro 30,00 die Tänzerin erhält und Euro 20,00 der Lokalbesitzerin, nämlich der Berufungswerberin, übergeben werden.

In der Nacht vom 08.07.2006 bis 09.07.2006 handelt es sich um die letzte Nacht vor dem 2-wöchigen Urlaub, während dem das Cafe T geschlossen hatte. An diesem Tag hatten die Tänzerinnen ihre Gage ausbezahlt bekommen. Mit den Tänzerinnen besteht zwischen der Agentur C in Wien und den jeweiligen Tänzerinnen ein 'Gastspielvertrag', wobei der diesbezügliche im erstinstanzlichen Akt befindliche Gastspielvertrag von Frau HB eine Dauer des Vertrages laut Punkt 2) des Vertrages vom 14.08.2006 und sodann unbefristet aufweist. Hingegen weist die im erstinstanzlichen Akt befindliche Auftragsbestätigung zwischen der Agentur C und der Berufungswerberin betreffend Frau HB als Dauer des Vertrages den 14.06.2006 bis unbegrenzt auf, wobei als Veranstaltungszeitraum und Auftrittszeitraum 22.30 Uhr bis 03.00 Uhr im Cafe T angeführt ist. Im fortgesetzten Verfahren wurde sodann ein 'Gastspielvertrag' der Frau HB für den Zeitraum 14.06.2009 (richtig wohl: 2006) bis 31.12.2006 vorgelegt. Der Frau IN betreffende - im erstinstanzlichen Verfahren einliegende - 'Gastspielvertrag' zwischen dieser und der Agentur C weist eine Dauer des Vertrages vom 12.09.2006 bis 31.12.2006 auf. Im fortgesetzten Verfahren wurde ein weiterer 'Gastspielvertrag' betreffend Frau IN für den Zeitraum 01.06.2006 bis 31.12.2006 vorgelegt.

Aus dem Gastspielvertrag mit der Agentur C ergibt sich aus Pkt. 9) des Vertrages, das Unterkünfte am jeweiligen Veranstaltungsort vom Veranstalter kostenlos bereitgestellt werden. Aus der Auftragsbestätigung zwischen der Berufungswerberin und der Agentur C ergibt sich, dass die Berufungswerberin als Veranstalter bezeichnet wird. Auch aus dem Gastspielvertrag ergibt sich, dass Veranstalter jeweils derjenige ist, der an einem Veranstaltungsort die Dienste der jeweiligen Tänzerin in Anspruch nimmt.

Dem Cafe T ist direkt eine kleine Wohnung angeschlossen, in der sowohl HB als auch IN wohnten. Diese Wohnung hat drei Schlafzimmer und wohnen grundsätzlich alle Damen, die bei der Berufungswerberin auftreten, in dieser Wohnung.

Im Lokal Cafe T befindet sich eine Bühne und tanzen die Tänzerinnen dort, um sich zu präsentieren. Jede Tänzerin tanzt jeden Abend zumindest einmal. Dabei handelt es sich um das Minimum. Meistens tanzen sie jedoch zwei bis dreimal und wird auch Table-Dance geboten. Für die Wohnung werden von den Tänzerinnen die Betriebskosten an die Berufungswerberin bezahlt. Die Berufungswerberin bedient gemeinsam mit einer Kellnerin die Gäste.

Die Gäste kommen aufgrund der Tänzerinnen in das Lokal, sodass die Berufungswerberin davon profitiert. Die Berufungswerberin verdient dadurch, dass die Tänzerinnen bei ihr auftreten. Es kommt auch vor, dass die Gäste die Tänzerinnen auf ein Getränk einladen.

Wenn eine Tänzerin erkrankt, meldet sie dies an die Agentur, die wiederum die Berufungswerberin davon in Kenntnis setzt. Es ist jedoch noch nie vorgekommen, dass eine Tänzerin nicht gekommen ist. Während der Öffnungszeiten des Lokales haben die Tänzerinnen Anwesenheitspflicht.

Durchschnittlich treten im Cafe T vier bis sechs Damen auf. Die Tänzerinnen halten sich von halb zehn bis vier Uhr in der Früh im Lokal auf und kommen ca. gegen halb zehn Uhr ins Lokal. Die Berufungswerberin bezahlt einen Betrag von EUR 65 zuzüglich 20 % USt., sohin EUR 78,-- pro Auftrittstag und Programm an die Agentur C. Die Tänzerinnen wiederum werden von der Agentur C bezahlt, wobei sie ein fixes Bruttotageshonorar von EUR 52,-- pro Auftrittstag erhalten. Aufgrund der 'Auftragsbestätigung' zwischen der Berufungswerberin und der Agentur C ist vereinbart, dass der Umfang eines Programms auf mindestens zwei voneinander zeitlich getrennten Showauftritten entsprechend der Auswahl der Berufungswerberin festgelegt ist.

Die Berufungswerberin hat bezüglich der Verträge über den Steuerberater bei der Bezirkshauptmannschaft und beim Finanzamt nachgefragt und wurde ihr mitgeteilt, dass die Verträge in Ordnung seien. Sie persönlich ist nie bei irgendeiner Behörde gewesen."

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst zum Begriff der Beschäftigung auf das genannte Erkenntnis vom 18. September 2008 gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen.

Die belangte Behörde hat wesentliche Teile der oben wiedergegebenen Feststellungen auf die Aussage der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung vom 18. August 2009 gestützt sowie auf die von der Beschwerdeführerin vorgelegten "Agenturverträge". So hat die Beschwerdeführerin dezidiert eine "Anwesenheitspflicht" der beiden Ausländerinnen während der Öffnungszeiten des Cafe T ausgesagt; die Tänzerinnen seien gegen 21.30 Uhr gekommen und bis 04.00 Uhr geblieben. Aus den "Agenturverträgen" ergibt sich die Verpflichtung der "Veranstalterin" (also hier der Beschwerdeführerin), den Tänzerinnen "kostenlos" eine Wohnmöglichkeit zur Verfügung zu stellen. Die Beschwerdeführerin führte dazu aus, sie habe allen Damen, die im Lokal auftreten, eine Wohnmöglichkeit zur Verfügung gestellt, lediglich "Betriebskosten" seien von den Tänzerinnen zu zahlen gewesen.

Schon auf Grund dieser Sachverhaltsfeststellungen gelangt die Beschwerde nicht zum Erfolg:

Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG ist die wirtschaftliche Unselbstständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist jedenfalls nicht notwendigerweise persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig. Seine wirtschaftliche Unselbstständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, muss eher darin erblickt werden, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. April 2006, Zl. 2005/09/0021). Eine Tätigkeit als "Table-Tänzerin" in einem Barbetrieb oder "Cafe" - wie im Beschwerdefall - wird in der Regel in ähnlicher wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit erbracht, wie in einem Arbeitsverhältnis (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0157, mwN). In einem solchen Fall ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Angesichts der planmäßigen Eingliederung der betreffenden Tänzerinnen in die (hier: von der Beschwerdeführerin zu verantwortende) Betriebsorganisation ist ihre Tätigkeit diesem Unternehmen zuzurechnen. Dabei ist es unerheblich, ob die Ausländerinnen von dem von ihnen kassierten "Auftrittshonorar" Anteile an die Beschwerdeführerin abführen mussten: Durch diese faktisch geübten Praktiken wird weder ein bestehender Entgeltanspruch in Frage gestellt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. Mai 2006, Zl. 2004/09/0043), noch vermöchte es etwas am Charakter von Zahlungen als Entgelt zu ändern, wenn dieses - oder wesentliche Teile desselben - faktisch unmittelbar durch Dritte (z.B. unmittelbar durch die Gäste) geleistet würde (zur Dienstgebereigenschaft trotz Verweisung auf eine Entgeltleistung Dritter vgl. z.B. § 35 Abs. 1 ASVG). Die Tätigkeit der Ausländerinnen in ihrer Gesamtheit stellte im vorliegenden Fall angesichts der wirtschaftlichen und organisatorischen Verknüpfung aller ihrer Aspekte mit dem Betrieb der Beschwerdeführerin - von der Beistellung der Wohnmöglichkeit bis zu der angestrebten, durch die Tätigkeit der Ausländerinnen als Table-Tänzerin erreichten Steigerung der Attraktivität des von der Beschwerdeführerin betriebenen Lokals - eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG dar. An der Arbeitnehmerähnlichkeit der betroffenen Ausländerinnen ändert auch die Ein- bzw. Zwischenschaltung einer Agentur im Hinblick auf § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG nichts, weil zufolge § 2 Abs. 2 und 3 AuslBG Arbeitgeber auch derjenige ist, der im Rahmen des Dienstverhältnisses über die Arbeitskraft eines anderen verfügen kann (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 6. März 2008, Zl. 2007/09/0232, mwN).

Es ist demnach unerheblich, dass die Ausländerinnen auf Grund unbekannten Aufenthaltes nicht bei der mündlichen Verhandlung vom 18. August 2009 einvernommen werden konnten. Ebenso kam es auf die von der Beschwerdeführerin beantragte Einvernahme und die Aussagen weiterer Tänzerinnen sowie des C von der Agentur C nicht mehr an.

Die Beschwerdeführerin weist auf folgenden Teil ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung vom 18. August 2009 hin:

"Ich weiß von Frau HB, dass sie in I in einem Hotel als Kellnerin oder Rezeptionistin gearbeitet hat, dies in der Zeit bevor sie zum Tanzen begonnen hat. Es ist möglich, dass dies im Jahr 2004 war. Das weiß ich, weil sie es mir erzählt hat. Nachgefragt habe ich diesbezüglich nicht. Von Frau IN kann ich dies mit Bestimmtheit nicht sagen."

Sie stützt darauf die Behauptung, dass die Ungarinnen gemäß § 32a AuslBG und § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG auch bei einer unselbständigen Tätigkeit freien Zugang zum Arbeitsmarkt hätten.

Die Beschwerdeführerin hatte während des Verwaltungsstrafverfahrens Gelegenheit, konkrete Angaben zu einem Sachverhalt vorzubringen, aus dem auf einen freien Zugang der Ausländerinnen zum Arbeitsmarkt hätte geschlossen werden können. Sie hat dies unterlassen. Bloß vage Andeutungen wie oben dargestellt, lösen im Falle, dass sonst sich aus der Aktenlage kein Hinweis auf einen Freizügigkeitstatbestand ergibt, keine Ermittlungspflichten der Behörde aus. Auch in der Beschwerde wird kein konkreter Sachverhalt vorgebracht, sodass überdies zum behaupteten Verfahrensmangel die Relevanz nicht dargetan wird. Nicht zuletzt ist der Beschwerdeführerin aber entgegenzuhalten, dass eine Bestätigung für ungarische Staatsbürger betreffend ihr Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt gemäß § 32a Abs. 2 AuslBG vom Arbeitgeber gemäß Abs. 4 leg. cit. im Betrieb zur Einsichtnahme bereitzuhalten ist. Es lag daher an der Beschwerdeführerin, sich vor Aufnahme der Beschäftigung über das Vorhandensein eines Freizügigkeitstatbestandes kundig zu machen.

Insoweit die Beschwerdeführerin mangelndes Verschulden behauptet, ist sie auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG zu verweisen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, 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.

Die der Beschwerdeführerin zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG gehört, da zu ihrer Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist, zu den so genannten "Ungehorsamsdelikten", bei denen im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Abs. 1 VStG der Täter zu beweisen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist (vgl. etwa das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 6. März 2008, Zl. 2007/09/0232, mwH). Die Beschwerdeführerin hätte daher zu ihrer verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und nachzuweisen gehabt, warum es ihr ohne Verschulden unmöglich gewesen sei, sich mit den Normen des AuslBG soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Beschäftigung von Ausländern gewährleistet ist, wobei dies vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass die Beschwerdeführerin bereits - wie die belangte Behörde unwidersprochen ausführt - mehrere einschlägige Verwaltungsstrafvermerkungen aufweist.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe mit verschiedenen Personen (u.a. Agentur C, Steuerberater, Polizei, Außendienstmitarbeiter A der Bezirkshauptmannschaft I) gesprochen, wobei sie "jedes Mal die Verträge vorgelegt" habe und "diese auch für in Ordnung befunden" worden seien. Dem ist aber entgegen zu halten, dass dann, wenn über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel bestehen, der Arbeitgeber (Beschäftiger) einer ausländischen Arbeitskraft verpflichtet ist, 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 der von der Beschwerdeführerin befragten Personen allein darf sich der Arbeitgeber (Beschäftiger) jedenfalls nicht verlassen (vgl. auch dazu das zitierte hg. Erkenntnis vom 6. März 2008, mwH). In diesem Sinne hätte die Beschwerdeführerin unter Vorlage der beabsichtigten vertraglichen Regelungen zur Tätigkeit der Ausländerinnen (und zwar nicht nur der Agenturverträge zwischen der Agentur C und den Tänzerinnen, auf die sich die Beschwerdeführerin ihrem gesamten Vorbringen nach offenbar bezieht, sondern aller Umstände der Tätigkeit der Ausländerinnen im Hinblick auf deren wahren wirtschaftlichen Gehalt) konkrete Auskunft beim zuständigen AMS einholen müssen, um vom Vorwurf eines verwaltungsstrafrechtlichen Verhaltens gemäß § 5 VStG befreit zu werden.

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. 455/2008.

Wien, am 28. Jänner 2010