

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.09.2010

Geschäftszahl

2010/09/0069

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2010/09/0070

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 BH in L, vertreten durch Mag. Peter Rottensteiner, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Landstraße 47/1. Stock, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 28. Oktober 2009, Zlen. VwSen-252071/29/Kü/Hu (protokolliert zur hg. Zl. 2010/09/0069) und VwSen-252072/24/Kü/Hu/Th (protokolliert zur hg. Zl. 2010/09/0070), betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz; Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

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

Begründung

Mit den im Instanzenzug ergangenen Bescheiden der belangten Behörde vom 28. Oktober 2009 wurde die Beschwerdeführerin - nach gemeinsam durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung - schuldig erkannt, sie habe als Arbeitgeberin des Nachtclubs K. in X. insgesamt zehn näher bezeichnete ausländische Staatsangehörige in im Einzelnen genannten Tatzeiträumen (zwischen 28. Juni 2007 und zumindest 9. August 2008, dem Zeitpunkt der Kontrolle) als Prostituierte beschäftigt, obwohl für diese weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt gewesen seien.

Die Beschwerdeführerin habe dadurch zehn Übertretungen gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden über sie - gestaffelt nach der Dauer der Beschäftigung der Prostituierten - zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 42 Stunden) sowie acht Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall acht Ersatzfreiheitsstrafen von je 34 Stunden) verhängt.

In den im Wesentlichen wortgleichen Begründungen der Bescheide ging die belangte Behörde nach Darstellung der Verfahrensergebnisse zunächst davon aus, dass die Beschwerdeführerin in der Zeit vom Juni 2007 bis August 2008 das Lokal K. in X. als Einzelunternehmerin betrieben habe und dieses aus Nachtclub und Bordell mit fünf Zimmern bestanden habe. Von der Beschwerdeführerin selbst sei nur der Nachtclub beworben worden, Werbung für das Bordell habe es keine gegeben. Anlässlich der Kontrolle am 9. August 2008 von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels sei festgestellt worden, dass die genannten Ausländerinnen in den jeweils angeführten Zeiten in jenem Lokal der Prostitution nachgegangen seien, ohne dass entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen vorgelegen haben.

Im Weiteren stützte sich die belangte Behörde auf folgende Feststellungen (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Die Damen wurden zwecks Ausübung der Prostitution im Lokal nicht durch Inserate angeworben, sondern kamen von sich aus auf die (Beschwerdeführerin) zu. Die (Beschwerdeführerin) kontrollierte bei den Damen die Finanzamtsbestätigung, das Gesundheitsbuch und die Aufenthaltsbewilligung. Ansonsten wurde mit den Damen keine Vereinbarung getroffen.

Mit den Damen wurde nicht über Preise gesprochen, die sie verlangen können. Es gab auch keine Richtpreise. Die (Beschwerdeführerin) gab den Damen nur bekannt, welche Zimmermiete sie zu bezahlen haben. Diese Preise waren gestaffelt nach halber, Stunde, dreiviertel Stunde, Stunde, je nach Benützung der Zimmer.

Die Prostituierten hielten sich genauso wie die übrigen Kunden des Nachtclubs im Gästebereich auf, hatten die Getränke selbst zu bezahlen und wurden vom Kellner oder der Kellnerin bedient. Wurden sie von den Kunden zu einem Getränk eingeladen, haben sie dafür von der (Beschwerdeführerin) keine Getränkeprovision erhalten. Die Damen hatten keine Vorgabe die Kunden zum Getränkekonsum zu animieren.

Geöffnet war das Lokal K. von 12.00 Uhr mittags bis 6.00 Uhr früh. Kellner und Kellnerinnen arbeiteten im Zweischichtbetrieb. Für die Prostituierten gab es keine Einteilung, wann sie im Lokal sein mussten. Sie teilten sich vielmehr ihre Anwesenheiten selbst ein und konnten kommen und gehen wann sie wollten.

Die (Beschwerdeführerin) kontrollierte nur einmal in der Woche das Gesundheitsbuch. Sie wusste nicht, ob die Damen auch in anderen Lokalen der Prostitution nachgehen.

Der (Beschwerdeführerin) waren die Vorschriften des AuslBG bekannt, deshalb hat sie sich nicht darum gekümmert, welche Einteilung die Damen vorgenommen haben. Die Verwendung von Kondomen wurde von der (Beschwerdeführerin) nicht vorgegeben, diese wurden zudem von den Prostituierten selbst gekauft.

Die Prostituierten hatten keinen eigenen Aufenthaltsraum oder eine Garderobe, in der sie sich aufhalten konnten, es existierten nur Toilettenanlagen für Männer und Frauen. Wenn die Prostituierten eine Wohnmöglichkeit benötigten, wurde der Kontakt zu Herrn H. hergestellt, der im Nahbereich zum (Lokal. K.) in der S.-gasse eine Zimmervermietung betreibt.

Bekleidungsvorschriften oder Vorschriften wie die Prostituierten aufzutreten haben, hat es im Lokal nicht gegeben. Die Damen sind auch zu keinen anderen Tätigkeiten im Lokal herangezogen worden. Nach der Zimmerbenutzung haben entweder die Kellnerinnen oder eine Putzfrau die Zimmer hergerichtet, die Prostituierten selbst haben dazu nichts beigetragen.

Vor der Benützung eines Zimmers wurde vom Gast die vorgegebene Zimmermiete bei der (Beschwerdeführerin) bezahlt, den Preis für die Prostituierte bezahlte der Kunde direkt bei der Dame. Der Preis wird zwischen diesen beiden vereinbart. Kunden konnten auch mit Kreditkarte bezahlen. Bei der Abrechnung dieser Beträge gab es eine strikte Trennung zwischen Nachtclub und Bordell. Es gab eine eigene Bankomatkassa für den Barbetrieb und eine zweite Bankomatkassa an der die Kunden die Damen bezahlen konnten. Diese zweite Bankomatkassa haben die Damen selbst bedient. Diese Bezahlungen sind auf ein gesondertes Konto gegangen. Von dort haben sich die Prostituierten das ihnen zustehende Geld behoben. Nur in dem Fall, dass eine Prostituierte nicht mehr kommen wollte, wurde ihr dieses Geld in bar per Kassaausgang vorgestreckt. Dieses zweite Konto wurde auf die Firma der (Beschwerdeführerin) eröffnet und gingen auch die Kontoauszüge an die (Beschwerdeführerin). Den Prostituierten, die Geld beheben wollten, wurde die Bankomatkarte zur Verfügung gestellt und konnten sie so Behebungen durchführen.

Die (Beschwerdeführerin) hat die Tätigkeit im (Lokal K.) im September 2008 beendet."

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde - nach Referierung von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum "Rotlichtmilieu" - aus:

"Die (Beschwerdeführerin) betreibt am Standort in X. das Bordell K., in dem auf Grund des Lokalcharakters die Anwesenheit von Prostituierten unumgänglich ist. Erst durch die Anwesenheit von Prostituierten kann der Geschäftszweck des Lokals verwirklicht werden. Der (Beschwerdeführerin) ist zwar zuzugestehen, dass sie keine Anweisungen an die Prostituierten bezüglich Anwesenheiten oder der Ausübung der Prostitution erteilt hat. Vielmehr konnten die Damen kommen und gehen wann sie wollten und mussten auch keine Abmeldung oder dergleichen vornehmen. Die (Beschwerdeführerin) hat die Gesundheitsbücher der Prostituierten kontrolliert. Die Damen hatten auch für die Benützung der Zimmer die fix vorgegebenen Sätze für die Zimmermiete an die (Beschwerdeführerin) abzuführen. Das Entgelt für die Ausübung des Geschlechtsverkehrs wurde von den einzelnen Damen selbst vom Kunden kassiert.

Diese Umstände des Falles zeigen für (die belangte Behörde) nicht jene atypischen Verhältnisse auf, die zur Annahme gereichen würden, dass die Tätigkeit der Prostituierten in ihrer Gesamtheit nicht eine wirtschaftliche und organisatorische Verknüpfung mit dem Betrieb der (Beschwerdeführerin) darstellt. Die Attraktivität des von der (Beschwerdeführerin) betriebenen Bordells ergibt sich - wie bereits dargestellt - ausschließlich aus der Anwesenheit der Prostituierten. Die von der (Beschwerdeführerin) geschilderte Situation in ihrem Lokal bezüglich der Ausübung der Prostitution reicht daher nicht zur Annahme, dass die Prostituierten im gegenständlichen Fall unter atypischen Umständen verwendet werden sondern ist vielmehr auch in diesem Fall

davon auszugehen, dass die Prostituierten in ähnlicher wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit verwendet wurden, wie dies in der Regel bei Arbeitnehmern der Fall ist. ..."

Unter Zugrundelegung dessen erachtete die belangte Behörde die inkriminierten Verwaltungsübertretungen sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht als gegeben (wobei sie der Beschwerdeführerin zumindest fahrlässiges Verhalten anlastete) und legte im Weiteren ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diese Bescheide richtet sich die vorliegende, nach Ablehnung durch den Verfassungsgerichtshof und Abtretung gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG mit Beschluss vom 23. Februar 2010, B 1590, 1591/09-3, für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ergänzte Beschwerde, in welcher die inhaltliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird.

Die belangte Behörde legte die Akten der Verwaltungsstrafverfahren vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher 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 zu Stande 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).

Eine Tätigkeit als Animierdame und Prostituierte in einem Bordell wird in der Regel in ähnlicher wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit erbracht wie in einem Arbeitsverhältnis (wie dies schon hinsichtlich der Tätigkeiten einer Kellnerin, einer Animierdame oder einer sog. "Table-Tänzerin" in einem Barbetrieb ausgesprochen wurde; vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. September 2005, Zl. 2004/09/0114). In einem solchen Fall ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis oder von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, somit von einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. November 2007, Zl. 2007/09/0231).

Im vorliegenden Fall ist die belangte Behörde als Ergebnis ihres Ermittlungsverfahrens im Wesentlichen auf Grundlage der Angaben der Beschwerdeführerin zu den oben wiedergegebenen Feststellungen über die Merkmale der Tätigkeit der Ausländerinnen gelangt. Wenngleich bei dieser Sachlage zweifelsohne die Attraktivität des von der Beschwerdeführerin betriebenen Lokals aus der Anwesenheit der Prostituierten resultierte, verkennt die belangte Behörde, dass die Prostituierten demnach insbesondere weder Vorgaben hatten, die Kunden zur Getränkekonsumation zu animieren, noch Provisionen dafür erhalten haben, wie auch - mit Ausnahme der Kontrolle der Gesundheitsbücher der Prostituierten und der Festlegung der abzuführenden Zimmermieten - keinerlei Weisungs-, Zeit- und Arbeitsplatzgebundenheit der Ausländerinnen vorgelegen hat und es eine strikte wirtschaftliche Trennung der Einnahmen der Prostituierten gegenüber denjenigen der Beschwerdeführerin gab. Der belangten Behörde kann nicht gefolgt werden, wenn sie angesichts der festgestellten Beschäftigungsmerkmale das Vorliegen jener atypischen Umstände, die gegen eine wirtschaftliche und organisatorische Verknüpfung der Tätigkeit der Prostituierten mit dem Betrieb der Beschwerdeführerin sprechen, verneint und zum Ergebnis des Vorliegens einer unselbständigen Beschäftigung im Sinne von § 2 Abs. 2 AuslBG gelangt.

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

Die angefochtenen Bescheide erweisen sich daher mit Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes belastet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben waren.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz im Rahmen des gestellten Begehrens gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 16. September 2010