

TE Vwgh Erkenntnis 2009/2/26 2007/09/0359

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.02.2009

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §2 Abs2 idF 2003/I/133;

AuslBG §2 Abs4;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2004/I/028;

AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;

1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009

9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des P C in P, vertreten durch Kriftner & Partner Rechtsanwälte KEG in 4020 Linz, Stelzhamerstraße 12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 16. April 2007, Zl. VwSen-251515/13/Wim/Jo, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien:

Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Begründung

Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 20. November 2006 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer einer namentlich genannten GastgewerbebetriebsgmbH mit Sitz in Linz zu verantworten, dass diese Gesellschaft 24 näher bezeichnete ausländische Staatsbürgerinnen zu einzeln angeführten Zeiten zwischen dem 1. März 2004 und dem 28. Februar 2005 in dem von der Gesellschaft betriebenen Nachtclub beschäftigt habe, obwohl die hierfür erforderlichen Bewilligungen nicht vorgelegen seien. Wegen 24-facher Übertretung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) wurden über den Beschwerdeführer 24 Geldstrafen in der Höhe von jeweils 1.000 EUR, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 20. November 2006 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer einer namentlich genannten GastgewerbebetriebsgmbH mit Sitz in Linz zu verantworten, dass diese Gesellschaft 24 näher bezeichnete ausländische Staatsbürgerinnen zu einzeln angeführten Zeiten zwischen dem 1. März 2004 und dem 28. Februar 2005 in dem von der Gesellschaft betriebenen Nachtclub beschäftigt habe, obwohl die hierfür erforderlichen Bewilligungen nicht vorgelegen seien. Wegen 24-facher Übertretung des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) wurden über den Beschwerdeführer 24 Geldstrafen in der Höhe von jeweils 1.000 EUR, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung weder in der Schuld- noch in der Straffrage Folge gegeben, sondern lediglich zu einem Faktum der Tatzeitraum eingeschränkt.

Die belangte Behörde stellte folgenden Sachverhalt als erwiesen fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der Berufungswerber ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der GgesellschaftmbH mit Sitz Wstraße, 4030 Linz, die an diesem Standort das Nachtlokal S betreibt. Das Lokal ist in der Zeit von 22 Uhr bis 6 Uhr in der Früh geöffnet. Es besteht aus einem Raum für den Gastronomiebetrieb und insgesamt 9 Zimmern bzw. Separees.

In diesem Nachtclub wird Damen die Möglichkeit zur Ausübung der Prostitution gegeben. Dazu wird mit interessierten Damen zunächst in der Regel vom Kellner, Herrn P, ein Vorgespräch geführt. Schließlich wird üblicherweise mit der Dame auch vom Berufungswerber ein Gespräch geführt und von diesem entschieden, ob die jeweilige Dame in seinem Lokal die Prostitution ausüben darf. Dabei wird auch erhoben, ob für die Dame das nach den Sanitätsvorschriften notwendige Gesundheitsbuch vorliegt. Ist dieses nicht der Fall, so begleitet der Berufungswerber die Damen auch sofern dies notwendig ist bei den Amtswegen zur Erlangung dieses Gesundheitsbuches.

Vom Berufungswerber bzw. in dessen Auftrag vom Kellnerpersonal wird in unregelmäßigen Abständen auch die Einhaltung der wiederkehrenden wöchentlichen Untersuchungen durch Nachschau im Gesundheitsbuch überprüft. Das Gesundheitsbuch muss zu diesem Zweck auf Verlangen von den Damen vorgelegt werden, im Übrigen verbleibt es aber bei den Damen selbst. Sollte eine Dame ihrer regelmäßigen Untersuchungspflicht nicht nachkommen so wird sie

zunächst verwarnt. Sollte die Überschreitung aber länger dauern (insgesamt z.B. mehr als 10 Tage bei einem wöchentlichen Intervall) so würde der Dame die Ausübung ihrer Tätigkeit und auch der Aufenthalt im Lokal untersagt werden.

Die Damen erhalten zumindest dann, wenn sie noch keine eigene Wohnmöglichkeit zu Beginn ihrer Tätigkeit haben, die Möglichkeit in den Zimmern des Lokals auch kostenlos zu übernachten. Teilweise erfolgt auch eine polizeiliche Anmeldung der Damen zumindest als Nebenwohnsitz an der Lokaladresse.

Die Damen unterliegen im Bezug auf ihre Anwesenheit im Lokal während der Öffnungszeiten sowie auf die eigentliche Ausübung der Prostitution, die Höhe des Liebeslohnes und dgl., der Verwendung von Kondomen oder der Benutzung einer einheitlichen Arbeitskleidung und dgl. keinerlei Weisungen durch den Berufungswerber bzw. die BetreibergmbH. Sie kassieren auch den Liebeslohn selbst.

Der Berufungswerber leistet für die Damen die von der Finanzbehörde vorgesehene Abzugssteuer und führt diese regelmäßig an das zuständige Finanzamt ab. Die betroffenen Ausländerinnen waren durchwegs zur Sozialversicherung bei der gewerblichen Wirtschaft angemeldet und verfügten über entsprechende Aufenthaltsberechtigungen mit dem Eintrag der selbständigen Erwerbstätigkeit als Prostituierte.

Die Damen sind am Getränkeumsatz insofern beteiligt als sie für bestimmte Getränke, die ihnen von den Gästen im Lokal spendiert werden (z.B. Piccolo, Cocktail, Spirituosen, nicht jedoch für Softdrinks, Kaffee) eine Getränkeprovision, die am jeweiligen Monatsende bzw. in den ersten Tagen des Folgemonats für die Bezahlung der Abzugssteuer an das Finanzamt verwendet wird und bei Überschüssen an die Damen ausbezahlt wird. Diese Provisionen betragen im Durchschnitt zwischen 200 und 400 Euro pro Monat."

Rechtlich folgte die belangte Behörde aus dem von ihr festgestellten Sachverhalt, dass dem Beschwerdeführer zuzugestehen sei, dass die in seinem Nachtlokal tätigen Animierdamen bzw. Prostituierten teilweise sehr frei in der Ausübung ihrer Tätigkeit gewesen seien, etwa weil sie ihre Anwesenheiten hätten völlig frei wählen, den Liebeslohn selbst kassieren können und auch keinerlei Weisungen unterlegen seien. Unbestrittenermaßen seien sie jedoch am Getränkeumsatz beteiligt, der Betreiber lege fest, welche Damen im Lokal tätig sein dürften, er kontrolliere auch die Gesundheitsbücher und lasse sie bei Überschreiten der Untersuchungsfristen nicht im Lokal ihrer Tätigkeit nachgehen bzw. anwesend sein. Er gebe ihnen grundsätzlich die Möglichkeit zur Ausübung der Prostitution im Lokal. Die Damen dürften nur im Zuge der Öffnungszeiten im Lokal anwesend sein und hier die Prostitution ausüben. Der Nachtclub des Beschwerdeführers würde ohne die Anwesenheit von Prostituierten von Kunden nicht besucht werden, weshalb die Anwesenheit von Damen für die Existenz als derartigen Nachtclub unumgänglich sei. Das Funktionieren des Betriebes setze daher die Eingliederung der Prostituierten in den Betriebsablauf voraus, obwohl - wie im Verfahren hervorgekommen - eine gewisse Selbstorganisation der Prostituierten stattgefunden habe. Anhand der strengen Vorgaben des Beschäftigungsbegriffes und der Annahme einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit im AuslBG reichten diese Merkmale jedoch eindeutig aus, um auch hier von einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung auszugehen. Die vom Beschwerdeführer angesprochene verwaltungsgerichtliche Judikatur sei insofern auch auf diese Fälle heranzuziehen. Die Umstände, dass die Damen sozialversicherungsrechtlich als Selbständige angemeldet worden seien, ihren Aufenthaltstiteln ebenfalls eine selbständige Tätigkeit zugrunde liege und sie die Abzugssteuer als selbständige Prostituierte an das Finanzamt entrichteten, bildeten keine Vorfrage für die Beurteilung eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Es handle sich um eine vollkommen eigenständige Rechtsmaterie, die auch von ihrer Zweckbestimmung, nämlich dem Schutz des heimischen Arbeitsmarktes grundsätzlich mit sozialversicherungsrechtlichen, fremdenrechtlichen oder steuerlichen Gesichtspunkten nicht gleichzusetzen sei. Überdies würden die jeweiligen Eintragungen und Einstufungen dieser Stellen auf Grund der Angaben der Betroffenen gemacht und darüber kein ausführliches Ermittlungsverfahren durchgeführt; es handle sich also um Angaben, die sich erst im Nachhinein im Rahmen der ausgeübten konkreten Tätigkeiten überprüfen ließen. Die Frage des Vorliegens einer Beschäftigung im Sinne des AuslBG sei daher unabhängig von den von anderen Behörden vertretenen Rechtsansichten zu beantworten. Der objektive Tatbestand sei daher in allen Fällen gegeben gewesen. Die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen stellten Ungehorsamsdelikte dar, bei denen der Beschuldigte initiativ alles darzulegen habe, was für seine Entlastung sprechen könne. Dies sei in erster Linie geeignetes Tatsachenvorbringen; bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichten für die Glaubhaftmachung nicht. Die Tatsache, dass die Damen sozialversicherungsrechtlich als selbständig angemeldet gewesen seien, ihren Aufenthaltstitel ebenfalls die Selbständigkeit zugrunde gelegt worden sei und auch die

Abzugssteuer von ihnen entrichtet werde, vermöge den Beschwerdeführer nicht zu entlasten. Er hätte nämlich ohne weiteres auch bei der zuständigen Stelle, nämlich dem Arbeitsmarktservice, unter Beschreibung der konkreten Umstände der Tätigkeit der Damen in seinem Lokal anfragen können, ob hier arbeitsmarktrechtliche Papiere notwendig seien oder nicht. Ihn treffe daher der Vorwurf der Fahrlässigkeit.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar, wobei sie insbesondere darauf verwies, dass bereits die Behörde erster Instanz unter Anwendung des § 20 VStG die Strafen so ausgemessen habe, dass die gesetzliche Mindeststrafe um die Hälfte unterschritten worden sei. Dies führe auch hinsichtlich des eingeschränkten Tatzeitraumes bezüglich eines Faktums nicht zur Ausmessung einer geringeren Strafe. Auch eine Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG scheide aus, da die Tat nicht hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurückbliebe. Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar, wobei sie insbesondere darauf verwies, dass bereits die Behörde erster Instanz unter Anwendung des Paragraph 20, VStG die Strafen so ausgemessen habe, dass die gesetzliche Mindeststrafe um die Hälfte unterschritten worden sei. Dies führe auch hinsichtlich des eingeschränkten Tatzeitraumes bezüglich eines Faktums nicht zur Ausmessung einer geringeren Strafe. Auch eine Anwendung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG scheide aus, da die Tat nicht hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurückbliebe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die inhaltliche Rechtswidrigkeit sowie die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, erstattete eine Gegenschrift und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der im Hinblick auf den Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 133/2003, gilt als Beschäftigung die Verwendung Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975,, in der im Hinblick auf den Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 2003,, gilt als Beschäftigung die Verwendung

1. a)Litera a
in einem Arbeitsverhältnis,
2. b)Litera 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, c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach Paragraph 3, Absatz 5,,

1. d)Litera d
nach den Bestimmungen des § 18 odemach den Bestimmungen des Paragraph 18, oder
2. e)Litera e
überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes BGBl. Nr. 196/1988.überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Paragraph 3, Absatz 4, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,.

Nach dem ersten Satz des Abs. 4 dieser Gesetzesbestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Nach dem ersten Satz des Absatz 4, dieser Gesetzesbestimmung ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Nach § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2002 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt. Nach Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 126 aus 2002, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen

Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2004 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 EUR bis zu 5.000 EUR, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 EUR bis zu 10.000 EUR, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 EUR bis zu 10.000 EUR, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 EUR bis zu 25.000 EUR. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 28 aus 2004, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen Paragraph 3, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (Paragraphen 4 und 4 c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (Paragraph 12,) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (Paragraph 3, Absatz 5,) oder eine Arbeitserlaubnis (Paragraph 14 a,) oder ein Befreiungsschein (Paragraphen 15 und 4 c) oder Niederlassungsnachweis (Paragraph 24, FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 EUR bis zu 5.000 EUR, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 EUR bis zu 10.000 EUR, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 EUR bis zu 10.000 EUR, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 EUR bis zu 25.000 EUR.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, die bei ihm ihrem Gewerbe nachgehenden Prostituierten hätten richtigerweise als selbständig Tätige qualifiziert werden müssen, wie dies sowohl von der Aufenthalts- als auch von der Steuerbehörde getan worden sei.

Haupteinnahmequelle der in seinem Lokal aufhältigen Damen seien deren Einkünfte aus der Prostitution. Das dafür kassierte Entgelt fließe zur Gänze den Damen zu, während sein reiner Gastronomiegastgewerbebetrieb in keiner Weise in das Verhältnis zwischen Prostituierter und ihrem Kunden eingebunden sei. Sein Gewerbebetrieb beschränke sich ausschließlich auf den Verkauf der angebotenen Getränke. Der Kunde erwirke durch den Ankauf einer Flasche Sekt oder Champagner das Recht, eines der im Lokal befindlichen Separees zu belegen, wobei es völlig egal sei, ob der Kunde dies alleine, mit einer dritten Person oder einer der im Lokal anwesenden Prostituierten tue. Voraussetzung für die Benutzung des Zimmers sei lediglich der Erwerb eines Getränkes zu einem bestimmten Preis. Vereinbarungen zwischen den Prostituierten und ihren Kunden betreffend Entlohnung und Dienstleistung würden weder im Auftrag noch für Rechnung der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH geschlossen. Andererseits bestehe hinsichtlich der Benutzung der Zimmer ausschließlich ein Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und der BetreibergmbH. Ähnlich gestalte sich etwa ein Jazzclub, dessen Existenz ebenfalls zwar das Engagement von Künstlern während der Öffnungszeiten zwingend voraussetze, aber eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung dieser Künstler "nicht einmal angedacht" würde. Im Übrigen werde angemerkt, dass der Beschwerdeführer entgegen der Annahme der belangten Behörde sehr wohl bei der zuständigen Stelle, nämlich dem Arbeitsmarktservice unter Beschreibung der konkreten Umstände der Tätigkeiten der Damen im Lokal der BetreibergmbH angefragt habe, ob arbeitsmarktrechtliche Papiere nach dem AuslBG für diese Damen notwendig seien. Diese Neuerung sei zulässig, weil er im Verwaltungsverfahren keinen Anlass bzw. Gelegenheit gehabt habe, diese Tatsache vorzubringen. Die belangte Behörde habe während des gesamten Verfahrens diese Frage nicht angesprochen und habe ihn mit ihrer Begründung zur subjektiven Tatseite völlig überrascht. Über diese Anfrage habe er vom Organ der zuständigen Behörde die Auskunft erhalten, eine bewilligungspflichtige Beschäftigung liege nicht vor, es sei daher nicht erforderlich eine Arbeitsbeschäftigungsbewilligung für die Damen zu beantragen, weil es sich bei deren Tätigkeit um eine selbständige handle.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat (vgl. jüngst das hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2009, Zl. 2007/09/0368, mwN), wird eine Tätigkeit als "Prostituierte und Animierdame" in einem Barbetrieb oder Nachtclub - wie auch im Beschwerdefall - in der Regel in ähnlicher wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit erbracht wie in einem Arbeitsverhältnis. In einem solchen Fall ist die Behörde berechtigt, von einer Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG auszugehen, sofern im Verfahren nicht atypische Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Atypische Umstände, die eine andere Beurteilung hätten rechtfertigen können, hat der Beschwerdeführer aber nicht geltend gemacht. Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang versucht, die völlige Trennung der Tätigkeiten der Prostituierten von seinem Unternehmen, insbesondere durch den Hinweis darauf darzutun, sein Unternehmen sei lediglich ein Gastgewerbebetrieb, in welchem die Kunden die Getränke zu bezahlen hätten, während sein Betrieb in die weitere Vertragsgestaltung zwischen dem Kunden und der Prostituierten nicht eingebunden sei, übersieht er geflissentlich, dass der von ihm zu vertretende Bordellbetrieb an den Diensten der Damen eben gerade dadurch Gewinne lukriert, dass die Prostituierten ihre Tätigkeiten in Räumen ausüben, die durch den Beschwerdeführer im Lokal gegen Entgelt bereit gestellt und erst durch die Bezahlung der Getränke zugänglich gemacht werden - wobei es unter den festgestellten Umständen unbeachtlich ist, von wem de facto der Zimmerpreis bezahlt wird. Unbeachtlich ist ferner, wie der Kunde das gemietete Zimmer benützt, wird dies doch in der Regel in der angebotenen Weise erfolgen. Unbestritten ist aber insbesondere die Feststellung der belangten Behörde, dass diese Räume ausschließlich während der Öffnungszeiten des Lokals, in denen die Prostituierten ausschließlich anwesend sind, benützt werden dürfen, so dass auch nicht gesagt werden kann, dass es sich lediglich um eine vom Geschäftsbetrieb losgelöste unentgeltliche Zurverfügungstellung dieser Räume für Zwecke der Ausübung der Prostitution gehandelt hätte. Auch deren Dauer ist vom Kauf eines bestimmten (teureren) Getränkes abhängig. Hinzu kommt auch in diesem Fall, dass die Ausländerinnen nach den von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen für die von ihnen durchgeführte Getränkeanimation zumindest teilweise Provision erhalten haben.

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat vergleiche , jüngst das hg. Erkenntnis vom 29. Jänner 2009, Zl. 2007/09/0368, mwN), wird eine Tätigkeit als "Prostituierte und Animierdame" in einem Barbetrieb oder Nachtclub - wie auch im Beschwerdefall - in der Regel in ähnlicher wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit erbracht wie in einem Arbeitsverhältnis. In einem solchen Fall ist die Behörde berechtigt, von einer Beschäftigung im Sinne des Paragraph 2, AuslBG auszugehen, sofern im Verfahren nicht atypische Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Atypische Umstände, die eine andere Beurteilung hätten rechtfertigen können, hat der Beschwerdeführer aber nicht geltend gemacht. Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang versucht, die völlige Trennung der Tätigkeiten der Prostituierten von seinem Unternehmen, insbesondere durch den Hinweis darauf darzutun, sein Unternehmen sei lediglich ein Gastgewerbebetrieb, in welchem die Kunden die Getränke zu bezahlen hätten, während sein Betrieb in die weitere Vertragsgestaltung zwischen dem Kunden und der Prostituierten nicht eingebunden sei, übersieht er geflissentlich, dass der von ihm zu vertretende Bordellbetrieb an den Diensten der Damen eben gerade dadurch Gewinne lukriert, dass die Prostituierten ihre Tätigkeiten in Räumen ausüben, die durch den Beschwerdeführer im Lokal gegen Entgelt bereit gestellt und erst durch die Bezahlung der Getränke zugänglich gemacht werden - wobei es unter den festgestellten Umständen unbeachtlich ist, von wem de facto der Zimmerpreis bezahlt wird. Unbeachtlich ist ferner, wie der Kunde das gemietete Zimmer benützt, wird dies doch in der Regel in der angebotenen Weise erfolgen. Unbestritten ist aber insbesondere die Feststellung der belangten Behörde, dass diese Räume ausschließlich während der Öffnungszeiten des Lokals, in denen die Prostituierten ausschließlich anwesend sind, benützt werden dürfen, so dass auch nicht gesagt werden kann, dass es sich lediglich um eine vom Geschäftsbetrieb losgelöste unentgeltliche Zurverfügungstellung dieser Räume für Zwecke der Ausübung der Prostitution gehandelt hätte. Auch deren Dauer ist vom Kauf eines bestimmten (teureren) Getränkes abhängig. Hinzu kommt auch in diesem Fall, dass die Ausländerinnen nach den von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen für die von ihnen durchgeführte Getränkeanimation zumindest teilweise Provision erhalten haben.

Die festgestellten Umstände in ihrer Gesamtheit stellen auch im vorliegenden Fall - trotz der relativen Gestaltungsfreiheit, mit welcher die Ausländerinnen in der Praxis ihrer Profession nachgegangen sind - insbesondere angesichts der tatsächlich engen wirtschaftlichen Verknüpfung mit dem Betrieb des Beschwerdeführers von der Beistellung der zur Ausübung der Prostitution erforderlichen Räumlichkeiten im Gegenzug zur Bezahlung bestimmter (teurer) Getränke bis zur angestrebten, durch die Tätigkeit der Ausländerinnen als Animierdamen und Prostituierte erreichten Steigerung der Attraktivität des vom Beschwerdeführer betriebenen Lokals ihrem wahren wirtschaftlichen

Gehalt nach eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG dar. Die festgestellten Umstände in ihrer Gesamtheit stellen auch im vorliegenden Fall - trotz der relativen Gestaltungsfreiheit, mit welcher die Ausländerinnen in der Praxis ihrer Profession nachgegangen sind - insbesondere angesichts der tatsächlich engen wirtschaftlichen Verknüpfung mit dem Betrieb des Beschwerdeführers von der Beistellung der zur Ausübung der Prostitution erforderlichen Räumlichkeiten im Gegenzug zur Bezahlung bestimmter (teurer) Getränke bis zur angestrebten, durch die Tätigkeit der Ausländerinnen als Animierdamen und Prostituierte erreichten Steigerung der Attraktivität des vom Beschwerdeführer betriebenen Lokals ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach eine Beschäftigung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG dar.

Insoweit sich der Beschwerdeführer auf mangelndes Verschulden beruft und dazu vorbringt, er habe auf die Auskunft eines Organs der zuständigen Behörde vertraut, ist ihm entgegen zu halten, dass dieses Vorbringen, abgesehen von seiner mangelnden Konkretisierung, - entgegen seinen Ausführungen in der Beschwerde -

eine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht mehr aufzugreifende Neuerung im Sinne des § 41 Abs. 1 VwGG darstellt, da er ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, ein entsprechendes Vorbringen bereits in der Berufung, im Berufungsverfahren und während der mündlichen Berufungsverhandlung zu erstatten. Dass er ein solches Vorbringen unterlassen hat, weil er es im Verwaltungsverfahren nicht für erforderlich angesehen hat, ist nicht der belangten Behörde anzulasten, da die in § 13a AVG verankerte Manuduktionspflicht einer Behörde nicht soweit geht, die Partei darüber anzuleiten, welches Vorbringen er zu erstatten oder welche Anträge er zu stellen hätte (vgl. dazu die in Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I2, 1998 zu §13a AVG, unter E 10ff abgedruckte hg. Judikatur). eine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht mehr aufzugreifende Neuerung im Sinne des Paragraph 41, Absatz eins, VwGG darstellt, da er ausreichend Gelegenheit gehabt hätte, ein entsprechendes Vorbringen bereits in der Berufung, im Berufungsverfahren und während der mündlichen Berufungsverhandlung zu erstatten. Dass er ein solches Vorbringen unterlassen hat, weil er es im Verwaltungsverfahren nicht für erforderlich angesehen hat, ist nicht der belangten Behörde anzulasten, da die in Paragraph 13 a, AVG verankerte Manuduktionspflicht einer Behörde nicht soweit geht, die Partei darüber anzuleiten, welches Vorbringen er zu erstatten oder welche Anträge er zu stellen hätte vergleiche , dazu die in Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I2, 1998 zu §13a AVG, unter E 10ff abgedruckte hg. Judikatur).

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung BGBl. II Nr. 455/2008, insbesondere deren § 3 Abs. 2. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,, insbesondere deren Paragraph 3, Absatz 2, Wien, am 26. Februar 2009

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2007090359.X00

Im RIS seit

24.03.2009

Zuletzt aktualisiert am

31.07.2009

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at