

TE Vwgh Erkenntnis 2009/2/26 2008/09/0099

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.02.2009

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §2 Abs2;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;

AuslBG §3 Abs1;

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. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des MK in W, vertreten durch Mag. Dr. Gerald Amandowitsch, Rechtsanwalt in 4040 Linz, Hauptstraße 33, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 8. Februar 2008, Zl. VwSen-251565/38/Py/Da, betreffend Bestrafungen nach dem AuslBG (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), 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 dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 8. Februar 2008 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der S GmbH in L zu verantworten, dass von dieser näher umschriebene Ausländerinnen, nämlich vier ungarische und eine tschechische Staatsbürgerin am 21. März 2006 in der Betriebsstätte "Peep-Show" in L, G-Straße, als Tänzerinnen beschäftigt worden

seien, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Er habe fünf Übertretungen gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden fünf Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 67 Stunden) verhängt. Er habe fünf Übertretungen gemäß Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden fünf Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.000,-- (im Nichteinbringungsfall jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 67 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges und Hinweis auf die durchgeführte mündliche Verhandlung zum Sachverhalt aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der Bw ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma S GmbH in L, die in der Betriebsstätte 'P-S' in G eine Peep-Show betreibt, welche täglich zwischen 10.00 Uhr und 22.00 Uhr geöffnet ist.

In der Peepshow befinden sich Räumlichkeiten für den Kundenbereich (Tanzbühne mit kreisförmig angeordneten Kundenkabinen sowie eine sogenannte 'Solokabine') und davon abgetrennt ein Aufenthaltsbereich für die Tänzerinnen, in dem diese auch ihre persönlichen Gegenstände verwahren.

Auf der Tanzbühne bringen die Damen in abwechselnder Reihenfolge für die Dauer von 3 Minuten erotische Tanzvorführungen dar. Dabei können sie von Kunden in umliegenden Kabinen durch Münzeinwurf, der einen Blickkontakt für eine bestimmte Zeitdauer ermöglicht, betrachtet werden. Die Einnahmen aus diesen Kabinen kommen ausschließlich dem Unternehmen des Bw zu.

Die Tänzerinnen sind am Körper mit Ziffern gekennzeichnet. Dadurch können sie von den Kunden aus den Kabinen durch Betätigung der entsprechenden Zahl elektronisch zu einem Auftritt in die Solokabine gerufen werden. In der Solokabine sind die Tänzerinnen vom Kunden durch eine Glasscheibe getrennt. In dieser Glasscheibe befindet sich eine Öffnung, durch die der Kunde an die Tänzerin je nach Dauer der gewünschten Tanzleistung einen Betrag entrichtet. Dieser Betrag kommt der jeweiligen Tänzerin zur freien Verfügung zu.

Am 21. März 2006 wurden die ungarischen Staatsangehörigen, Frau HN, geb. 1980, Frau MK, geb. 1984, Frau JM, geb. 1983 und Frau TS, geb. 1971 sowie die tschechische Staatsangehörige, Frau PZ, geb. 1971 als Tänzerinnen in der Peep-Show der Firma S GmbH in L beschäftigt. Sie wurden anlässlich einer Kontrolle im Aufenthaltsraum der Tänzerinnen in spärlicher Kleidung bzw. nur mit Bademäntel bekleidet angetroffen. Die bei der Kontrolle ebenfalls angetroffene tschechische Staatsangehörige, Frau SS, war an diesem Tag aus privaten Gründen im Aufenthaltsraum aufhältig und ging keiner Beschäftigung nach.

Um in der Peep-Show tanzen zu können, bekamen die Tänzerinnen vom Geschäftsführer Termine für die Dauer eines Monats vorgegeben. Schriftliche Verträge wurden nicht abgeschlossen. Seitens des Unternehmens des Bw wurde von den Tänzerinnen kein Nutzungsentgelt eingehoben. Um einen reibungslosen Betriebsablauf zu gewährleisten, wurden in der Regel zwischen 6 und 9 Tänzerinnen im Monat für Tanzauftritte eingeteilt. Während der Zeit, in der die Tänzerinnen in der Peep-Show auftraten, gingen sie keiner anderen Beschäftigung nach.

Frau HN, Frau MK, Frau JM und Frau TS bekamen vom Unternehmen des Bw zum Tatzeitpunkt eine kostenlose Unterkunft zur Verfügung gestellt.

Für die Tätigkeit der Damen als Tänzerinnen in der Peep-Show lagen keine arbeitsmarktbehördlichen Genehmigungen vor."

Daran schließen die Erwägungen zur Beweiswürdigung an.

Rechtlich beurteilte sie diesen Sachverhalt nach der Wiedergabe der Normen und Auszügen aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgendermaßen:

"Im vorliegenden Fall wurden die im Spruch genannten Ausländerinnen in einem vom Publikumsbereich abgetrennten Aufenthaltsraum der Peep-Show in eindeutiger Arbeitsbekleidung angetroffen. Im Rahmen des Beweisverfahrens ist es dem Bw jedoch nur hinsichtlich der tschechischen Staatsangehörigen SS gelungen, die in § 28 Abs. 7 AuslBG aufgestellte gesetzliche Vermutung einer unerlaubten Beschäftigung von Ausländern, zu widerlegen. "Im vorliegenden

Fall wurden die im Spruch genannten Ausländerinnen in einem vom Publikumsbereich abgetrennten Aufenthaltsraum der Peep-Show in eindeutiger Arbeitsbekleidung angetroffen. Im Rahmen des Beweisverfahrens ist es dem Bw jedoch nur hinsichtlich der tschechischen Staatsangehörigen SS gelungen, die in Paragraph 28, Absatz 7, AuslBG aufgestellte gesetzliche Vermutung einer unerlaubten Beschäftigung von Ausländern, zu widerlegen.

Frau SS hat im Rahmen ihrer Aussage in der Berufungsverhandlung glaubwürdig dargelegt, dass sie sich bei der Kontrolle zwar (in Straßenkleidung) im Aufenthaltsbereich der Damen befunden hat, dies jedoch aus privaten Gründen und nicht um in der Peep-Show als Tänzerin aufzutreten. Das angefochtene Straferkenntnis war daher hinsichtlich dieses Faktums vom Oö. Verwaltungssenat aus Anlass der Berufung zu beheben.

Hinsichtlich der übrigen bei der Kontrolle angetroffenen Damen ist es aufgrund des Beweisverfahrens dem Bw jedoch nicht gelungen, das Vorliegen einer unberechtigten Beschäftigung am 21. März 2006 in der Betriebsstätte 'P-S' der Firma 'S GmbH' in L zu widerlegen.

...

Auch im vorliegenden Fall weist die Beschäftigung der Ausländerinnen als Tänzerinnen in der Peep-Show Merkmale auf, die gemessen am wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit auf eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit schließen lassen:

- -Strichaufzählung
den Tänzerinnen stand keine eigene Betriebsstätte für ihre Tätigkeit zur Verfügung sondern wurde ihnen diese vom Bw unentgeltlich zur Verfügung gestellt;
- -Strichaufzählung
es lagen keine entsprechenden Verträge zwischen ihnen und dem Bw vor;
- -Strichaufzählung
der Betriebsablauf war vom Unternehmen des Bw vorgegeben und die Tänzerinnen waren an diese Vorgaben gebunden;
- -Strichaufzählung
der Ort der Arbeitsleistung der Tänzerinnen war vorbestimmt, nämlich die Bühne oder die Solokabine;
- -Strichaufzählung
damit die Tänzerinnen zu Einnahmen aus der Solokabine kamen, mussten sie aufgrund des vorgesehenen Betriebsablaufes jedenfalls zwingend auf der Bühne tanzen, damit sie von potentiellen Kunden anhand ihrer Ziffer zu einem Soloauftritt bestellt werden können. Die Einnahmen aus diesen Bühnenauftritten gingen jedoch zur Gänze an das Unternehmen des Bw;
- -Strichaufzählung
seitens des Unternehmens wurde den Tänzerinnen bei Bedarf eine kostenlose Wohnmöglichkeit zur Verfügung gestellt;
- -Strichaufzählung
der Auftritt der Tänzerinnen steigerte nicht nur die Attraktivität der Betriebsstätte sondern war ein regelmäßiger Auftritt vielmehr unabdingbar, um einen durchgehenden und reibungslosen Betriebsablauf zu garantieren und damit aus unternehmerischer Sicht zwingend erforderlich;

Es ist daher nach Ansicht der erkennenden Kammer des Unabhängigen Verwaltungssenates erwiesen, dass die Ausländerinnen eindeutig in den Betriebsablauf der Peep-Show eingegliedert waren. Hinsichtlich der Entgeltlichkeit ist darauf hinzuweisen, dass unter dem Begriff des Entgelts nicht nur ein laufend bezahlter Gehalt oder Lohn zu verstehen ist, sondern auch sonstige Leistungen. Darunter fällt zum Beispiel auch, dass die Damen offenbar unentgeltlich in einer vom Unternehmen zur Verfügung gestellten Wohnung nächtigen konnten. Die Verantwortung des Bw, es sei von seinem Unternehmen keine kostenlose Schlafgelegenheit zur Verfügung gestellt worden, konnte - wie bereits ausgeführt - nicht mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens in Einklang gebracht werden. Zwar wurde von der tschechischen Staatsangehörigen PZ diese Wohnmöglichkeit aus persönlichen Gründen nicht in Anspruch genommen, jedoch wäre dies auch für sie möglich gewesen und wurde auch ihr zumindest die Nutzung der Solokabine, deren Einnahmen zur Gänze an sie gingen, ohne Gegenleistung ermöglicht. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Aussage der Zeugin PZ verwiesen, wonach sie die Einnahmen aus den Solokabinen als 'Trinkgeld' bezeichnete, was zumindest indirekt auf weitere Leistungen des Unternehmens an die Tänzerin schließen lässt.

Aus den genannten Merkmalen der konkreten Tätigkeit der Ausländerinnen und ihre planmäßige und organisatorische Einbindung in die Betriebsorganisation ist daher zweifelsfrei erschießbar, dass sich die Ausländerinnen wirtschaftlich in einer ähnlichen Situation befanden, wie dies bei einem persönlich abhängigen Arbeitnehmer typischerweise der Fall ist. Das Kernstück einer Peep-Show liegt darin, dass Damen 'live' mit erotischen Darbietungen auftreten. Dies bedeutet, dass auftretende Mädchen einen wesentlichen Bestandteil einer Peep-Show ausmachen; auch lag eine gewisse persönliche Abhängigkeit im gegenständlichen Verfahren jedenfalls vor, weshalb sich als Gesamtbild im vorliegenden Fall eine Beschäftigung der ausländischen Staatsangehörigen iSd § 2 Abs. 2 AuslBG ergibt. Aus den genannten Merkmalen der konkreten Tätigkeit der Ausländerinnen und ihre planmäßige und organisatorische Einbindung in die Betriebsorganisation ist daher zweifelsfrei erschießbar, dass sich die Ausländerinnen wirtschaftlich in einer ähnlichen Situation befanden, wie dies bei einem persönlich abhängigen Arbeitnehmer typischerweise der Fall ist. Das Kernstück einer Peep-Show liegt darin, dass Damen 'live' mit erotischen Darbietungen auftreten. Dies bedeutet, dass auftretende Mädchen einen wesentlichen Bestandteil einer Peep-Show ausmachen; auch lag eine gewisse persönliche Abhängigkeit im gegenständlichen Verfahren jedenfalls vor, weshalb sich als Gesamtbild im vorliegenden Fall eine Beschäftigung der ausländischen Staatsangehörigen iSd Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG ergibt.

Dem Vorbringen des Bw in der Berufung, es habe sich um eine künstlerische Tätigkeit der Ausländerinnen iSd § 4a AuslBG gehandelt, kann aufgrund des Beweisverfahrens ebenfalls nicht gefolgt werden. Vielmehr ist es dem Bw nicht gelungen, den künstlerischen Gehalt der tänzerischen Darbietungen glaubhaft zu machen, wobei auch auf die Aussage der Zeugin HN zu verweisen ist, die gefragt nach ihrer Ausbildung angab, sie habe in ihrem Heimatland den Beruf einer Schneiderin erlernt. Demnach war für einen Auftritt in der Peep-Show offenbar auch keine entsprechende künstlerische Qualifikation erforderlich. Dem Vorbringen des Bw in der Berufung, es habe sich um eine künstlerische Tätigkeit der Ausländerinnen iSd Paragraph 4 a, AuslBG gehandelt, kann aufgrund des Beweisverfahrens ebenfalls nicht gefolgt werden. Vielmehr ist es dem Bw nicht gelungen, den künstlerischen Gehalt der tänzerischen Darbietungen glaubhaft zu machen, wobei auch auf die Aussage der Zeugin HN zu verweisen ist, die gefragt nach ihrer Ausbildung angab, sie habe in ihrem Heimatland den Beruf einer Schneiderin erlernt. Demnach war für einen Auftritt in der Peep-Show offenbar auch keine entsprechende künstlerische Qualifikation erforderlich.

Wenn der Bw weiter vorbringt, die Ausländerinnen seien in steuerlicher Hinsicht als selbständige Künstlerinnen eingestuft, weshalb die Behörde an diese Rechtsauffassung der Finanzbehörden gebunden sei, ist auszuführen, dass das Vorliegen einer Beschäftigung iSd AuslBG unabhängig von den Ansichten der anderen Behörden zu beantworten ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15.9.2004, Zl. 2001/09/0202, ausgesprochen, dass 'die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, unabhängig vom Zweck des Aufenthaltstitels vorzunehmen ist, wobei insbesondere auf § 2 Abs. 4 AuslBG Bedacht zu nehmen ist, wonach für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd § 2 leg. cit. vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist. Die belangte Behörde ist demnach auf Grund des AuslBG verpflichtet, eine Prüfung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes vorzunehmen, um beurteilen zu können, ob eine bewilligungspflichtige Beschäftigung iSd AuslBG vorliegt. Sie ist dabei nicht an das Ergebnis des Verfahrens zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gebunden.' Wenn der Bw weiter vorbringt, die Ausländerinnen seien in steuerlicher Hinsicht als selbständige Künstlerinnen eingestuft, weshalb die Behörde an diese Rechtsauffassung der Finanzbehörden gebunden sei, ist auszuführen, dass das Vorliegen einer Beschäftigung iSd AuslBG unabhängig von den Ansichten der anderen Behörden zu beantworten ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15.9.2004, Zl. 2001/09/0202, ausgesprochen, dass 'die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG vorliegt, unabhängig vom Zweck des Aufenthaltstitels vorzunehmen ist, wobei insbesondere auf Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG Bedacht zu nehmen ist, wonach für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd Paragraph 2, leg. cit. vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist. Die belangte Behörde ist demnach auf Grund des AuslBG verpflichtet, eine Prüfung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes vorzunehmen, um beurteilen zu können, ob eine bewilligungspflichtige Beschäftigung iSd AuslBG vorliegt. Sie ist dabei nicht an das Ergebnis des Verfahrens zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gebunden.'

Diese Rechtsprechung muss auch für die vom Finanzamt bzw. der Sozialversicherung vorgenommene Einstufung der Tänzerinnen Geltung haben, zumal es sich bei den Bestimmungen des AuslBG um eine vollkommen eigenständige Rechtsmaterie handelt, die auch von ihrer Zweckbestimmung, nämlich dem Schutz des heimischen Arbeitsmarktes, grundsätzlich mit sozialversicherungsrechtlichen, fremdenrechtlichen oder steuerlichen Gesichtspunkten nicht gleichzuhalten ist. Überdies werden die jeweiligen Eintragungen und Einstufungen dieser Stellen aufgrund der

Angaben der Betroffenen gemacht und wird darüber kein ausführliches Ermittlungsverfahren durchgeführt bzw. handelt es sich hier um Angaben, die sich erst im Rahmen der ausgeübten Tätigkeit konkret nachprüfen lassen. Da daher die im Spruch angeführten ausländischen Staatsangehörigen zumindest in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis im Betrieb des Bw beschäftigt wurden, ist die objektive Tatseite als gegeben anzunehmen."

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:

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.). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch Paragraph 2, Absatz 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 Paragraph 2, Absatz 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 (vergleiche, Paragraph 2, Absatz 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 Paragraph 879, ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vergleiche, z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN.).

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. das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2001/09/0122). 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 Merkmals durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vergleiche das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2001/09/0122).

Der Beschwerdeführer setzt den von der belangten Behörde angestellten Erwägungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen entgegen:

1.) Zum Fehlen der eigenen Betriebsstätte der Tänzerinnen bringt er vor, dass eine solche für das Vorliegen von Selbständigkeit nicht zwingend erforderlich sei, sondern dies in gewissen (insbesondere künstlerischen) Branchen sogar üblich sei. Das Vorbringen ist zwar grundsätzlich richtig, kann jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass das Fehlen einer eigenen Betriebsstätte als Hinweis auf unselbständige Tätigkeit zu werten ist.

2.) Zum vom Unternehmen vorgegebenen Betriebsablauf und der Bindung der Tänzerinnen an diese Vorgaben zitiert der Beschwerdeführer einzelne Passagen von Zeugenaussagen.

So zitiert er die Zeugin HN: "Ich konnte kommen und gehen wann und wie ich will."

An anderen Stellen sagte diese Zeugin aber auch: "Ich habe damals eben getanzt, ab der Öffnungszeit, das ist 10.00 Uhr vormittags bis 22.00 Uhr abends. Einer anderen Beschäftigung bin ich in dieser Zeit nicht mehr nachgegangen. Falls ich krank gewesen bin, habe ich das niemand gesagt. Ich hätte ja auch nicht tanzen müssen. Ich kann nicht sagen, ob es auch möglich gewesen wäre, dass ich in der Wohnung der Peep-Show bleibe und woanders arbeite. Diese Frage hat sich mir auch nicht gestellt"; "Wie oft ich (auf) der Bühne tanzte hing davon ab, wie viele Mädchen wir waren Wer wann tanzt haben wir Mädchen uns selbst ausgemacht" und "Ich war nicht verpflichtet, dass ich tanzen musste, aber es wäre nicht korrekt gegenüber den anderen Mädchen gewesen, wenn z. B. nur drei Mädchen getanzt hätten und zwei nicht, nämlich nicht korrekt gegenüber den anderen Mädchen."

Sodann zitiert der Beschwerdeführer aus der Aussage der Zeugin PZ: "Die Peep-Show ist offen zwischen 10.00 Uhr Vormittag und 22.00 Uhr, aber wenn ich mich z.B. nicht gut fühlte konnte ich auch einfach gehen."

Die Zeugin sagte aber auch: "Ich habe keine Weisung erhalten, dass ich auftreten muss, aber wenn ich schon weiß, wie die Öffnungszeiten sind, dann komme ich halt um 10.00 Uhr vormittags und kann auch eine Pause machen, wenn ich möchte, wie ich will"; "Wenn ich in L tanze, dann arbeite ich ca. 3-5 Tage, da mir mehr gar nicht möglich ist, und wenn ich nicht komme, muss ich mich natürlich entschuldigen, aber es gibt mir keiner eine Strafe, wenn ich nicht komme. Es gab keine Vorgabe des Peep-Show-Betreibers, wie viele Mädchen anwesend sein mussten, aber es war natürlich für uns angenehmer, wenn wir mehr Mädchen waren, da wir uns dann mehr abwechseln konnten. Ich habe nie erlebt, dass nur zwei Mädchen da gewesen wären, das hätte auch nicht funktioniert. Ich habe den Peep-Show-Betreiber schon tagsüber auch gesehen. Ich habe es jedenfalls nie erlebt, dass Mädchen z.B. angerufen wurden damit jemand auf der Bühne tanzt, wir haben das von uns aus gemacht."

Der Beschwerdeführer zitiert weiters SS: "Ich bin gekommen, wann ich wollte, wann ich Lust hatte Wann wer von uns tanzte, haben wir Mädchen uns in der Garderobe selbst ausgemacht. Wenn ich nicht kommen konnte, habe ich auch niemanden darüber verständigt."

SS tätigte ihre Aussage im Hinblick auf frühere Zeiten ("im Jahr vor der Kontrolle"), in denen sie in der Peep-Show tanzte. Sie war zum Kontrollzeitpunkt nicht in der Peep-Show tätig, sondern lediglich zu Besuch bei PZ (dies stellte die belangte Behörde fest und stellte deshalb das Verfahren betreffend der Beschäftigung von SS ein), ihre Aussage konnte daher die konkrete Situation nicht unmittelbar wiedergeben.

Damit sind die vom Beschwerdeführer zitierten Passagen relativiert. Auch wenn sich die Tänzerinnen nur untereinander verpflichtet fühlten, lag eine stille Autorität des Beschwerdeführers vor, denn der Beschwerdeführer steuerte durch die Bestimmung der Öffnungszeiten in Verbindung mit der Zahl der Tänzerinnen indirekt deren Anwesenheitszeiten innerhalb der vorgegebenen Öffnungszeiten der Peep-Show. Denn eine Peep-Show ohne Tänzerinnen kann nicht funktionieren, wie schon die Zeugin PZ andeutete und die belangte Behörde richtig ausführte. Die Schlussfolgerung der belangten Behörde kann daher nicht als rechtswidrig angesehen werden, allerdings misst der Verwaltungsgerichtshof diesem Tatbestandselement im gegenständlichen Fall nur geringe Aussagekraft im Hinblick auf eine unselbständige Tätigkeit der Ausländerinnen bei.

3.) Zum vorbestimmten Ort der Arbeitsleistung führt der Beschwerdeführer aus, dass die Tatsache,

dass die Tänzerinnen auf der Bühne oder in der Solokabine arbeiten, nicht beweise, dass es sich bei ihnen um arbeitnehmerähnliche Personen handle.

Dieses Vorbringen ist zwar grundsätzlich richtig, aber auch hier übersieht der Beschwerdeführer, dass ein vorbestimmter Ort der Arbeitsleistung von der belangten Behörde zu Recht als Hinweis auf unselbständige Tätigkeit gewertet werden durfte.

4.) Der Beschwerdeführer vermeint, die Tatsache, dass die Tänzerinnen auf Grund des vorgesehenen Betriebsablaufes jedenfalls zwingend auf der Bühne tanzen mussten, damit sie von potentiellen Kunden anhand ihrer Ziffer zu einem Soloauftritt bestellt werden könnten, wobei die Einnahme aus diesen Bühnenauftritten zur Gänze an das Unternehmen des Beschwerdeführers gegangen seien, sei "üblich" und bilde keinen Hinweis auf die Arbeitnehmerähnlichkeit. Damit irrt der Beschwerdeführer, denn gerade dieser vorgegebene Arbeitsablauf engte den Gestaltungsspielraum der Ausländerinnen in besonderer Weise ein.

5.) Der Sachverhaltsfeststellung der belangten Behörde, dass den Tänzerinnen bei Bedarf eine kostenlose Wohnmöglichkeit zur Verfügung gestellt worden sei, tritt der Beschwerdeführer mit dem Hinweis auf den Inhalt einer "Stellungnahme von Herrn HS vom 21. März 2006" entgegen. Im gegenständlichen Akt scheint aber weder eine Person dieses Namens noch eine Stellungnahme vom 21. März 2006 (dabei handelt es sich um den Tattag) auf. Der Hinweis auf die Zeugenaussage der SS geht ebenfalls ins Leere, weil sie - wie unter 2.) bereits ausgeführt - über eine frühere Arbeitstätigkeit berichtete. Zudem ist aus ihrer Aussage nicht abzuleiten, dass sie überhaupt Bedarf an der Zurverfügungstellung einer Wohnmöglichkeit durch den Beschwerdeführer hatte. Daher ist die auf der Aussage der Zeugin HN (sie hatte angegeben: "Als ich in L tanzte, habe ich in der Wohnung der Peep-Show gewohnt ... Miete habe ich dafür nicht bezahlt" ... "Ein paar andere Mädchen, die mit mir getanzt haben, haben auch in dieser Wohnung gewohnt.") beruhende Sachverhaltsfeststellung zur Wohnmöglichkeit nicht als unschlüssig zu erkennen. Wurde aber bei Bedarf eine kostenlose Wohnmöglichkeit beigestellt, dann ist dies - wie die belangte Behörde zu Recht ausführt - auch ein Indiz für eine unselbständige Tätigkeit.

6.) Der von der belangten Behörde angeführten Eingliederung in den Betriebsablauf hält der Beschwerdeführer lediglich entgegen, dass die Tänzerinnen nicht zu etwas gezwungen bzw. an "irgendwelche Anweisungen" von Seiten des Beschwerdeführers gebunden gewesen wären. Damit verkennt er, dass die Einbindung in einen vom Betrieb vorgegebenen Arbeitsablauf, sei es auch nur durch Vorgabe des Rahmens, der die mehr oder weniger regelmäßige Anwesenheit während eines beträchtlichen Teiles der den Tänzerinnen zur Verfügung stehenden Arbeitszeit bedingte und sie dadurch hinderte, ihre Arbeitskraft anderweitig einer unbegrenzten Zahl von Arbeitgebern zur Verfügung zu stellen, und die den Ablauf der Tätigkeiten während der Anwesenheit der Tänzerinnen - wie hier - wesentlich beeinflusste und damit die freie Gestaltungsmöglichkeit der Tänzerinnen minderte, für die Annahme unselbständiger Erwerbstätigkeit spricht.

Ausgehend von den getroffenen Feststellungen und dem Umstand, dass das Beschwerdevorbringen nicht geeignet ist, die Würdigung des von der belangten Behörde ihrer Entscheidung zu Grunde gelegten Sachverhaltes als unschlüssig erscheinen zu lassen, ist die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes betreffend "Peep-Shows" (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 17. Mai 2000, Zl. 2000/09/0002) die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeiten unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie Arbeitnehmer verwendet wurden. Ausgehend von den getroffenen Feststellungen und dem Umstand, dass das Beschwerdevorbringen nicht geeignet ist, die Würdigung des von der belangten Behörde ihrer Entscheidung zu Grunde gelegten Sachverhaltes als unschlüssig erscheinen zu lassen, ist die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes betreffend "Peep-Shows" vergleiche z.B. das hg. Erkenntnis vom 17. Mai 2000, Zl. 2000/09/0002) die verfahrensgegenständlichen Ausländerinnen nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeiten unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie Arbeitnehmer verwendet wurden.

Der Beschwerdeführer bringt als Verfahrensrüge vor, es seien keine Ermittlungen "zur wirtschaftlichen Situation der in Rede stehenden Ausländerinnen getroffen" worden, es fehlten Feststellungen zum Einkommen und zu den Vermögens- und Familienverhältnissen der Ausländerinnen. Dies sei wesentlich, weil sich herausgestellt hätte, dass "nämlich in Wahrheit in wirtschaftlicher Sicht höchstens der Betreiber der Peep Show von den Tänzerinnen abhängig ist und nicht umgekehrt". Dieses Vorbringen beruht auf einer gravierenden Verkennung der Rechtslage, es kommt keinesfalls darauf an, welches Einkommen Beschäftigte (vorher oder jetzt) erzielen bzw. welches Vermögen sie

besitzen, sondern auf die Umstände, unter denen sie verwendet werden.

Gegen die Strafzumessung bringt der Beschwerdeführer vor, die belangte Behörde hätte die Bestimmung des § 21 VStG anzuwenden gehabt, weil die Tat seiner Meinung nach entgegen der Begründung der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid hinter dem deliktstypischen Unrechtsgehalt zurückbleibe. Er begründet dies jedoch nicht und ist solches angesichts der Umstände des gegenständlichen Falles auch nicht zu erkennen. Gegen die Strafzumessung bringt der Beschwerdeführer vor, die belangte Behörde hätte die Bestimmung des Paragraph 21, VStG anzuwenden gehabt, weil die Tat seiner Meinung nach entgegen der Begründung der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid hinter dem deliktstypischen Unrechtsgehalt zurückbleibe. Er begründet dies jedoch nicht und ist solches angesichts der Umstände des gegenständlichen Falles auch nicht zu erkennen.

Abschließend wirft der Beschwerdeführer der belangten Behörde vor, sie sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer bereits einschlägig vorverurteilt worden sei. Dieser Vorwurf verkennt die Begründung des angefochtenen Bescheides, welche lediglich von fehlender Unbescholtenheit im Zusammenhang mit der Nichtanwendung des § 20 VStG spricht. Dass aber der Beschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich unbescholten sei, wird selbst in der Beschwerde nicht behauptet und wäre angesichts des im Akt einliegenden Verwaltungsstrafenauszeuges auch unrichtig. Abschließend wirft der Beschwerdeführer der belangten Behörde vor, sie sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer bereits einschlägig vorverurteilt worden sei. Dieser Vorwurf verkennt die Begründung des angefochtenen Bescheides, welche lediglich von fehlender Unbescholtenheit im Zusammenhang mit der Nichtanwendung des Paragraph 20, VStG spricht. Dass aber der Beschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich unbescholten sei, wird selbst in der Beschwerde nicht behauptet und wäre angesichts des im Akt einliegenden Verwaltungsstrafenauszeuges auch unrichtig.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 26. Februar 2009

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2008090099.X00

Im RIS seit

27.03.2009

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