

TE Lvwg Erkenntnis 2016/8/8 VGW-041/063/7815/2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.08.2016

Entscheidungsdatum

08.08.2016

Index

40/01 Verwaltungsverfahren

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz

Norm

VStG §45 Abs1 Z2

ASVG §4 Abs2

ASVG §539a Abs1

ASVG §539a Abs2

ASVG §539a Abs3

1. VStG § 45 heute
2. VStG § 45 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 45 gültig von 01.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VStG § 45 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.2013
1. ASVG § 4 heute
2. ASVG § 4 gültig ab 01.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2022
3. ASVG § 4 gültig von 01.09.2016 bis 30.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2016
4. ASVG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/2013
5. ASVG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2012
6. ASVG § 4 gültig von 01.06.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2012
7. ASVG § 4 gültig von 01.08.2010 bis 31.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2010
8. ASVG § 4 gültig von 01.08.2009 bis 31.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
9. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
10. ASVG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2005
11. ASVG § 4 gültig von 01.09.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 132/2005
12. ASVG § 4 gültig von 01.08.2001 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
14. ASVG § 4 gültig von 01.01.2001 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
15. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997

17. ASVG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 139/1997
18. ASVG § 4 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
19. ASVG § 4 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
20. ASVG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
21. ASVG § 4 gültig von 23.04.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/1997
22. ASVG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 22.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 600/1996

1. ASVG § 539a heute
2. ASVG § 539a gültig ab 01.07.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
1. ASVG § 539a heute
2. ASVG § 539a gültig ab 01.07.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
1. ASVG § 539a heute
2. ASVG § 539a gültig ab 01.07.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Al-Hachich über die Beschwerde der Frau E. U., vertreten durch Rechtsanwältin, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk vom 08.06.2015, Zahl: MBA ... - S 53828/14, wegen fünf Verwaltungsübertretungen gemäß § 33 Abs. 1 ASVG iVm § 111 Abs. 1 Z 1 ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idgF, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 05.11.2015, am 08.03.2016 und am 12.05.2016 Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Al-Hachich über die Beschwerde der Frau E. U., vertreten durch Rechtsanwältin, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk vom 08.06.2015, Zahl: MBA ... - S 53828/14, wegen fünf Verwaltungsübertretungen gemäß Paragraph 33, Absatz eins, ASVG in Verbindung mit Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG, Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955, idgF, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 05.11.2015, am 08.03.2016 und am 12.05.2016

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt.römisch eins. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat die Beschwerdeführerin keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.römisch zwei. Gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG hat die Beschwerdeführerin keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I. Das angefochtene Straferkenntnis hat folgenden Wortlaut:römisch eins. Das angefochtene Straferkenntnis hat folgenden Wortlaut:

„Sie haben es als Dienstgeberin und Gewerbeinhaberin mit Standort der Gewerbeberechtigung in Wien, L.-straße, das ist der Ort, von dem aus die erforderlichen Meldungen zu erstatten gewesen wären, zu verantworten, dass Sie es am 27.11.2014 unterlassen haben, die von Ihnen am 27.11.2014 in Wien, L.-straße als Prostituierte beschäftigten, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherten Personen,

- 1) G. M., geb. 1986, rumänische Staatsbürgerin
- 2) K. J., geb. 1978, ungarische Staatsbürgerin
- 3) O. V., geb. 1980 nigerianische Staatsbürgerin3) O. römisch fünf., geb. 1980 nigerianische Staatsbürgerin
- 4) P. I., geb. 1984, rumänische Staatsbürgerin4) P. römisch eins., geb. 1984, rumänische Staatsbürgerin

5) S. D., geb. 1993, rumänische Staatsbürgerin

vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden, wobei die Anmeldeverpflichtung so erfüllt hätte werden können, dass die Dienstgeberin in zwei Schritten meldet, und zwar vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummern, Namen und Versicherungsnummern, bzw. die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung), weil die Dienstgeberkontonummern, die Namen und die Versicherungsnummern, bzw. die Geburtsdaten der oben angeführten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme vor Arbeitsantritt nicht dem zuständigen Krankenversicherungsträger gemeldet worden waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 33 Abs. 1 ASVG iVm § 111 Abs. 1 Z. 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 in der geltenden Fassung Paragraph 33, Absatz eins, ASVG in Verbindung mit Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer eins, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955, in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

5 Geldstrafen von je € 1.600,00, falls diese uneinbringlich sind, 5 Ersatzfreiheitsstrafen von je 4 Tagen

Summe der Geldstrafen: € 8.000,00

Summe der Ersatzfreiheitsstrafen: 2 Wochen, 6 Tage

gemäß § 111 Abs. 2 erster Strafsatz ASVG gemäß Paragraph 111, Absatz 2, erster Strafsatz ASVG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 800,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 8.800,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.“

II. In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde im Wesentlichen vorgebracht wie folgt: In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde im Wesentlichen vorgebracht wie folgt:

„Die Bf. macht die Anfechtungsgründe der Mangelhaftigkeit des Verfahrens sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend.

Wie bereits in der Rechtfertigung vorgebracht gründet das gegenständliche Verfahren auf einem Erlass des BMF, welcher in Widerspruch zu österreichischen Rechtsvorschriften, der Judikatur des OGH sowie dem Gemeinschaftsrecht und der EMRK steht, auch in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit eingreift.

Das Wiener Prostitutionsgesetz 2011 brachte Veränderungen, welche einen Umbruch des bundesgesetzlichen Rahmens und Fragen der Vereinbarkeit aufwarf.

Gemäß Art. 118 Abs. 3 Z 8 B-VG obliegt die Regulierung der Erbringung sexueller Dienstleistungen dem Land Wien, soweit nicht bereits in Bundesgesetzen eine Regelung erfolgt ist. Gemäß Artikel 118, Absatz 3, Ziffer 8, B-VG obliegt die Regulierung der Erbringung sexueller Dienstleistungen dem Land Wien, soweit nicht bereits in Bundesgesetzen eine Regelung erfolgt ist.

Als Sexarbeiterinnen gelten nach dem Wiener Prostitutionsgesetz 2011 gemäß dem § 2 Abs. 1 alle jene Personen, die sexuelle Handlungen am eigenen Körper gewerbsmäßig dulden oder sexuelle Handlungen selbst gewerbsmäßig vornehmen. Als Sexarbeiterinnen gelten nach dem Wiener Prostitutionsgesetz 2011 gemäß dem Paragraph 2, Absatz eins, alle jene Personen, die sexuelle Handlungen am eigenen Körper gewerbsmäßig dulden oder sexuelle Handlungen selbst gewerbsmäßig vornehmen.

Aufgrund der geänderten gesetzlichen Verhältnisse besteht im Lokal der Bf. die Möglichkeit für Prostituierte ihrer Tätigkeit als „Neue Selbstständige“ nachzugehen. Arbeitsverträge über Sexarbeit sind nach derzeitiger Rechtsanwendung des § 879 ABGB sittenwidrig. Aufgrund der geänderten gesetzlichen Verhältnisse besteht im Lokal

der Bf. die Möglichkeit für Prostituierte ihrer Tätigkeit als „Neue Selbstständige“ nachzugehen. Arbeitsverträge über Sexarbeit sind nach derzeitiger Rechtsanwendung des Paragraph 879, ABGB sittenwidrig.

Mit Leitentscheidung des OGH vom 18. April 2012 zu 3 Ob 45/12g wurde nun eine generelle Sittenwidrigkeit von Verträgen zwischen Sexarbeiterinnen und Kunden ausgeschlossen. Jedoch wurde auch seitens des OGH betont, dass umgekehrt eine schuldrechtliche Verpflichtung der Sexarbeiterinnen zu sexuellen Handlungen in einem Widerspruch zu Art. 8 EMRK steht, da dieser die Achtung der sexuellen Selbstbestimmung garantiert. Mit Leitentscheidung des OGH vom 18. April 2012 zu 3 Ob 45/12g wurde nun eine generelle Sittenwidrigkeit von Verträgen zwischen Sexarbeiterinnen und Kunden ausgeschlossen. Jedoch wurde auch seitens des OGH betont, dass umgekehrt eine schuldrechtliche Verpflichtung der Sexarbeiterinnen zu sexuellen Handlungen in einem Widerspruch zu Artikel 8, EMRK steht, da dieser die Achtung der sexuellen Selbstbestimmung garantiert.

Neben Verträgen über die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt sind auch alle Verträge gemäß § 879 ABGB sittenwidrig, die eine Teilnahme am Profit kommerzieller Ausbeutung der Sexualität bezwecken. Als Dienstnehmerin oder in einem dienstnehmerähnlichen Verhältnis wäre die Prostituierte zu sexuellen Handlungen verpflichtet, andernfalls sie einen Entlassungsgrund setzt und auch Ansprüche nach dem DNHG gegen sie möglich wären. Neben Verträgen über die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt sind auch alle Verträge gemäß Paragraph 879, ABGB sittenwidrig, die eine Teilnahme am Profit kommerzieller Ausbeutung der Sexualität bezwecken. Als Dienstnehmerin oder in einem dienstnehmerähnlichen Verhältnis wäre die Prostituierte zu sexuellen Handlungen verpflichtet, andernfalls sie einen Entlassungsgrund setzt und auch Ansprüche nach dem DNHG gegen sie möglich wären.

Die Vereinbarung eines Dienstverhältnisses oder dienstnehmerähnlichen Verhältnisses, das eine Vereinbarung der Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung gegen Entgelt vorsieht, bedeutet eine klagbare schuldrechtliche Verpflichtung zu sexuellen Handlungen.

Dies steht mit dem durch Art 8 EMRK garantierten Recht auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung (vgl. dazu Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechts-konvention [2012] 230) in Widerspruch (K. Weitzenböck, JAP 1990,18). Dies steht mit dem durch Artikel 8, EMRK garantierten Recht auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung vergleiche dazu Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechts-konvention [2012] 230) in Widerspruch (K. Weitzenböck, JAP 1990,18).

Der OGH stellt in der besagten Entscheidung zu 3 Ob 45/12 g bei Prostitution fest, dass die Würde des Menschen nicht verletzt wird, wenn die Prostituierte ihre Zusage sexuelle Handlungen durchzuführen jederzeit zurücknehmen kann.

In einem Dienstverhältnis oder dienstnehmerähnlichen Verhältnis ist dies nicht möglich, auch der OGH verneint das Vorliegen eines Dienstverhältnisses in seiner Entscheidung.

Für eine Aufhebung der Sittenwidrigkeit sprechen sozialrechtliche Erwägungen, aus einer Rechtsgültigkeit der Dienstverträge zwischen Sexarbeiterinnen und Dienstgebern (beispielsweise der Bf.) resultieren Anspruch auf Krankengeld, Wochengeld, Abfertigung, sowie Arbeitslosenversicherung.

Derzeit ist jedoch eine unselbstständige Beschäftigung von Sexarbeiterinnen nicht möglich, obwohl Finanzpolizei und auch VwGH Arbeitsbedingungen häufig als dienstnehmerähnlich einstufen (vgl. Task Force Menschenhandel 2012, S. 26). Die WGKK hat eine Anmeldung als „Prostituierte“ abgelehnt, dies auch aufgrund der nicht absehbaren Rechtsfolgen. Andere Gewerbeinhaber haben aufgrund der Rechtsansicht des BMF die Anmeldung der Prostituierten als „Kellnerinnen“ veranlasst, was - völlig unverständlich - seitens des Magistrat der Stadt Wien akzeptiert wird. Derzeit ist jedoch eine unselbstständige Beschäftigung von Sexarbeiterinnen nicht möglich, obwohl Finanzpolizei und auch VwGH Arbeitsbedingungen häufig als dienstnehmerähnlich einstufen vergleiche Task Force Menschenhandel 2012, S. 26). Die WGKK hat eine Anmeldung als „Prostituierte“ abgelehnt, dies auch aufgrund der nicht absehbaren Rechtsfolgen. Andere Gewerbeinhaber haben aufgrund der Rechtsansicht des BMF die Anmeldung der Prostituierten als „Kellnerinnen“ veranlasst, was - völlig unverständlich - seitens des Magistrat der Stadt Wien akzeptiert wird.

Die Auslegung des § 879 ABGB verbietet den Abschluss von Verträgen über unselbstständige Dienstverhältnisse, wodurch notwendige sozialrechtliche Absicherungen vorenthalten werden (vgl. Task Force Menschenhandel 2012, S. 27; vgl. Bundesministerium für Finanzen 2012). Die Auslegung des Paragraph 879, ABGB verbietet den Abschluss von

Verträgen über unselbstständige Dienstverhältnisse, wodurch notwendige sozialrechtliche Absicherungen vorenthalten werden vergleiche Task Force Menschenhandel 2012, S. 27; vergleiche Bundesministerium für Finanzen 2012),

Prostituierte sind auch Unternehmerinnen im Sinne des KSchG.

Bei den genannten Personen handelt es sich um freiberufliche und selbstständige Prostituierte, welche nicht weisungsgebunden und auch nicht in die betriebliche Organisation integriert sind,

Gerade in der Prostitution ist es üblich, dass eine freiberufliche Tätigkeit ausgeübt wird (siehe auch die bisherige Praxis des BMF).

Das BMF stellt auch fest, dass es bei der Abgrenzung zwischen selbstständiger und nicht selbstständiger Tätigkeit ausschließlich um die ertragssteuerliche Definition eines Dienstverhältnisses geht und dies unabhängig vom Arbeitsrecht, vom Sozialversicherungsrecht und anderen juristischen Gebieten zu sehen ist.

Die Anzeige auf Fragen des Sozialversicherungsrechtes umzulegen ohne eigene Erhebungen im Sinne des ASVG zu veranlassen bedeutet eine Verletzung von Verfahrensvorschriften und eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens.

Die Feststellungen der erkennenden Behörde reichen für eine abschließende rechtliche Beurteilung auch nicht aus.

Für die Beurteilung, ob sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse vorliegen, komme es auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an.

Unter Bedachtnahme auf die von der Rechtsprechung - warum eine entsprechende gesetzliche Grundlage fehlt bleibt offen - hierfür als entscheidungskräftig angesehenen Merkmale ist zu prüfen, ob bei der Beschäftigung die Merkmale der Abhängigkeit vorlägen.

Kriterien für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit sind die persönliche Arbeitspflicht, die Bindung des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten und sich darauf beziehende persönliche Weisungs- und Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers, die zu einer weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung führten.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich aus der persönlichen Abhängigkeit. Ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis kann auch bei bloß kurzfristigen Arbeitsleistungen sowie dann vorliegen, wenn der Dienstgeber faktisch überhaupt nicht in den Arbeitsablauf eingreife, die Arbeitsleistung aber dennoch im Rahmen seiner stillen Autorität einem Weisungs- und Kontrollrecht unterliegt.

Die Bf. hat vorgebracht, dass im Zusammenhang mit ihrem Lokal die Voraussetzungen für die Annahme persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit der Prostituierten nicht vorliegen. Auf Grund welcher Feststellungen die belangte Behörde eine planmäßige Eingliederung der Frauen in eine - ebenso zu Unrecht nicht näher beschriebene - Betriebsorganisation, die von der Bf. zu verantworten sei, annehme, ist ebenso nicht nachvollziehbar. Diese Feststellungen sind unzureichend begründet.

Die Bf. hat bereits in der Rechtfertigung Umstände aufgezeigt, die gegen die Annahme von Beschäftigungsverhältnissen im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG sprechen und welche die Rechtswidrigkeit des nunmehr angefochtenen Straferkenntnisses dokumentieren. Die Bf. hat bereits in der Rechtfertigung Umstände aufgezeigt, die gegen die Annahme von Beschäftigungsverhältnissen im Sinn des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG sprechen und welche die Rechtswidrigkeit des nunmehr angefochtenen Straferkenntnisses dokumentieren.

Insbesondere gibt es keine Weisungs-, Zeit- und Arbeitsplatzgebundenheit der Prostituierten und kann die Sexarbeiterin die Höhe des Entgelts für ihre Tätigkeit selbst bestimmen.

Keine Prostituierte erhält von der Bf. ein fixes Entgelt. Die Bf. bestimmt auch nicht den Betriebsablauf greift in diesen auch nicht ein. Die Prostituierten sind auch nicht gehalten, die Kunden zur Getränkekonsumation zu animieren.

Auf Grund des Vorbringens der Bf. hätte sich die belangte Behörde näher mit der Ausgestaltung der Tätigkeit auseinandersetzen und insbesondere die - von der Bf. bestrittene - Bindung der Prostituierten in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten sowie deren organisatorische und wirtschaftliche Einbindung in den Betrieb der Bf. prüfen müssen, um überhaupt von einem Dienstverhältnis oder dienstnehmerähnlichen Verhältnis im Sinne § 4 Abs. 2 ASVG ausgehen zu können. Auf Grund des Vorbringens der Bf. hätte sich die belangte Behörde näher

mit der Ausgestaltung der Tätigkeit auseinandersetzen und insbesondere die - von der Bf, bestrittene - Bindung der Prostituierten in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten sowie deren organisatorische und wirtschaftliche Einbindung in den Betrieb der Bf. prüfen müssen, um überhaupt von einem Dienstverhältnis oder dienstnehmerähnlichen Verhältnis im Sinne Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ausgehen zu können.

Zwar führt die Behörde aus, es seien die Angaben der Bf. unglaublich, dass die Prostituierten nicht verpflichtet gewesen seien, zu den Öffnungszeiten des Lokals anwesend zu sein, dass sie das Entgelt selbst festgelegt hätten und keine Getränkeprovisionen erhalten hätten.

Eine Begründung, weshalb von einer Anwesenheitspflicht der Prostituierten in der Bar ausgegangen wird und welche Weisungen die Bf gegeben haben soll, lässt sich dem angefochtenen Straferkenntnis jedoch nicht entnehmen.

Auch in den Akten des Verfahrens findet sich kein Hinweis.

Da sich die Behörde mit maßgeblichen Umständen nicht ausreichend auseinandergesetzt hat, hat sie das angefochtene Straferkenntnis mit wesentlichen Begründungsmängeln behaftet.

Im Fall der Bf. beschränkt sich die wirtschaftliche Beziehung zwischen der Bf. und den Prostituierten darauf, dass für die Benützung eines Zimmers in dem Bordell ein Entgelt zu entrichten ist.

Die Prostituierten sind selbst an die Bf. heran getreten, um ihrer Tätigkeit nachgehen zu können.

Das unternehmerische Risiko eines schlechten Geschäftsganges hat somit die Prostituierte und nicht die Bf. und ist die Bf. nicht am wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit der Prostituierten beteiligt.

Auf die Rahmenbedingungen der Prostitutionsausübung hat die Bf. ebenso keinen Einfluss.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Bf. im Ergebnis die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Straferkenntnisses auf.

Nach den Regeln des beweglichen Systems sprachen somit gewichtige Argumente für eine selbständige Tätigkeit der Prostituierten. Mit den gegen eine Unselbständigkeit sprechenden Umständen hat sich die belangte Behörde aber in Verkenntung der Rechtslage in dem Sinne, als zur Abgrenzung zwischen selbst- und unselbständiger Tätigkeit eine Gesamtbetrachtung anzustellen ist, nicht ausreichend auseinandergesetzt.

Gemäß dem im Grunde des § 24 VStG auch geltenden § 60 AVG sind in der Begründung eines Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (§§ 37 ff AVG), die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Gemäß dem im Grunde des Paragraph 24, VStG auch geltenden Paragraph 60, AVG sind in der Begründung eines Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (Paragraphen 37, ff AVG), die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen.

Dies erfordert in einem ersten Schritt die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugängliche konkrete Feststellung des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhaltes, in einem zweiten Schritt die Angabe jener Gründe, welche die Behörde im Falle des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch des Bescheides geführt haben.

Die genannte Zusammenfassung wird in Bezug auf die Beweiswürdigung kurz ausfallen können, wenn keine einander widersprechenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vorliegen. Bei Widersprüchen zwischen den Behauptungen und Angaben der Bf. und sonstigen Ermittlungsergebnissen bedarf es aber einer klaren und übersichtlichen Zusammenfassung der maßgeblichen, bei der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen, damit die Entscheidung der Behörde auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit überprüft werden kann.

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde wesentliche Feststellungen vorwiegend auf eine Rechtsansicht des BMF gestützt, wobei das BMF bekanntgegeben hat, dass es bei der Abgrenzung zwischen selbstständiger und nicht selbstständiger Tätigkeit bei Ermittlungen der Finanz es ausschließlich um die ertragssteuerliche Definition eines Dienstverhältnisses geht und dies völlig unabhängig vom Arbeitsrecht, vom Sozialversicherungsrecht und anderen juristischen Gebieten zu sehen ist.

Bei dieser Sachlage ist es möglich, dass die belangte Behörde bei Vermeidung der angeführten Begründungsmängel und Verfahrensfehler zu einem anderen, für die Bf. günstigeren Entscheid gekommen wäre. Daher leidet das angefochtene Straferkenntnis auch unter Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Gemäß § 47 Abs. 1 EStG 1988 ist Arbeitgeber, wer Arbeitslohn im Sinne des § 25 EStG 1988 auszahlt und den damit verbunden wirtschaftlichen Aufwand trägt (VwGH 29.10.69,735/68). Gemäß Paragraph 47, Absatz eins, EStG 1988 ist Arbeitgeber, wer Arbeitslohn im Sinne des Paragraph 25, EStG 1988 auszahlt und den damit verbunden wirtschaftlichen Aufwand trägt (VwGH 29.10.69,735/68).

Die Prostituierten im Lokal der Bf. erhalten keinen Arbeitslohn oder eine Gehaltszahlung.

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet. Gemäß Paragraph 47, Absatz 2, EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis dann vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Die Prostituierten stehen in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens nicht unter der Leitung eines Arbeitgebers, im geschäftlichen Organismus des Lokales der Bf. gibt es keine wie auch immer gearteten Weisungen.

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ist Dienstnehmer, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit der Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung - die Leistung erfolgt gegenüber dem Freier und nicht gegenüber der Bf. (!!) - jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit der Prostituierten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist. Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit der Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung - die Leistung erfolgt gegenüber dem Freier und nicht gegenüber der Bf. (!!) - jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG gegeben ist, hängt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10. Dezember 1986, Slg. Nr. 12.325/A) davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit der Prostituierten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die nach der Rechtsprechung ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.

Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffes - als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit der Prostituierten durch die Beschäftigung nur ihre Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene (grundsätzlich) persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z. B. einer längeren Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder eines das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungsrechtes des Empfängers (!)) der Arbeitsleistung) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.

Nach der Rechtsprechung kommt die Erteilung von Weisungen an einen Dienstnehmer im Zusammenhang mit einem Beschäftigungsverhältnis im wesentlichen in zwei (voneinander nicht immer scharf zu trennenden) Spielarten in

Betracht, nämlich in Bezug auf das Arbeitsverfahren einerseits und das arbeitsbezogene Verhalten andererseits (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg 17185 A/2007). Nach der Rechtsprechung kommt die Erteilung von Weisungen an einen Dienstnehmer im Zusammenhang mit einem Beschäftigungsverhältnis im wesentlichen in zwei (voneinander nicht immer scharf zu trennenden) Spielarten in Betracht, nämlich in Bezug auf das Arbeitsverfahren einerseits und das arbeitsbezogene Verhalten andererseits vergleiche das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, VwSlg 17185 A/2007).

Auch die Rechtsprechung des OGH (8 ObA 45/03 f) unterscheidet bei der Beurteilung der Weisungsunterworfenheit entsprechend zwischen sachlichen Weisungen, die auch bei Werkverträgen oder Dauerschuldverhältnissen ohne echten Arbeitsvertragscharakter vorkommen (wobei in vielen Fällen derartige Verträge ohne Weisungen nicht vorstellbar sind), und persönlichen Weisungen, die die persönliche Gestaltung der Dienstleistung zum Gegenstand haben.

Für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ist nicht die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse maßgebend, sondern in erster Linie jene betreffend das arbeitsbezogene Verhalten. Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren können nämlich in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden, weil sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser fachlich eigener Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation und Erfahrung ständig erweitert, weshalb das Fehlen von das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungen in der Regel von geringer Aussagekraft ist, jedoch - bei verbleibenden Unklarheiten hinsichtlich der sonstigen vom Verwaltungsgerichtshof als maßgebend angesehenen Kriterien (nämlich der Weisungsgebundenheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und des arbeitsbezogenen Verhaltens) - hilfsweise (nach Maßgabe der Unterscheidungskraft im Einzelfall) auch heranzuziehen ist (vgl. VwSlg 17185 A/2007). Für die Prüfung der persönlichen Abhängigkeit ist nicht die Weisungsgebundenheit betreffend das Arbeitsverfahren und die Arbeitsergebnisse maßgebend, sondern in erster Linie jene betreffend das arbeitsbezogene Verhalten. Weisungen in Bezug auf das Arbeitsverfahren können nämlich in der Realität des Arbeitslebens nicht immer erwartet werden, weil sich schon bei einer geringen Qualifikation des Arbeitenden ein gewisser fachlich eigener Entscheidungsbereich findet, der sich mit steigender Qualifikation und Erfahrung ständig erweitert, weshalb das Fehlen von das Arbeitsverfahren betreffenden Weisungen in der Regel von geringer Aussagekraft ist, jedoch - bei verbleibenden Unklarheiten hinsichtlich der sonstigen vom Verwaltungsgerichtshof als maßgebend angesehenen Kriterien (nämlich der Weisungsgebundenheit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und des arbeitsbezogenen Verhaltens) - hilfsweise (nach Maßgabe der Unterscheidungskraft im Einzelfall) auch heranzuziehen ist vergleiche VwSlg 17185 A/2007).

Die Prostituierte hat die Möglichkeit, den Ablauf ihrer Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, wie es für einen freien Dienstvertrag typisch ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, ZI. 93/08/0092, mwN). Die Prostituierte hat die Möglichkeit, den Ablauf ihrer Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, wie es für einen freien Dienstvertrag typisch ist vergleiche das hg. Erkenntnis vom 17. Jänner 1995, ZI. 93/08/0092, mwN).

Ihre Beziehung zur Bf. beschränkt sich auf die Nutzung des Prostitutionslokales. Auf den Inhalt der Arbeit der Prostituierten hat die Bf. keinen Einfluss, wie die Prostituierte arbeitet bleibt ohne Wissen der Bf. und der Entscheidung und Einschätzung der Sexarbeiterin überlassen.

Die belangte Behörde hat nicht festgestellt, dass die Bf. Richtlinien aufgestellt hat wie die Prostitution auszuüben ist und dass die Sexarbeitertätigkeit und das arbeitsbezogene Verhalten in bestimmter Weise geregelt und dazugehörige Kontrollmaßnahmen vorgesehen sind.

Es war auch kein Kontrollsystem vorgesehen, wie etwa die Beurteilung der Tätigkeit durch die Freier und in weiterer Folge durch die Bf.

Es liegt in der Natur der Prostitution und auch des Wiener Prostitutionsgesetzes, dass sich Prostituierte und Freier zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort einfinden müssen. Die Festsetzung von Zeit und Ort sind Ausdruck der organisatorischen Notwendigkeit, nicht aber einer Einschränkung der persönlichen Bestimmungsfreiheit der Prostituierten im Hinblick auf ihr arbeitsbezogenes Verhalten.

Eine Abwägung iSd § 4 Abs. 2 ASVG ergibt, dass bei der Tätigkeit als Prostituierte die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit nicht überwiegen. Eine Abwägung iSd Paragraph 4, Absatz 2, ASVG ergibt, dass bei der Tätigkeit als Prostituierte die

Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit nicht überwiegen.

Es besteht keine Eingliederung in den betrieblichen Organismus, es gibt keine Vorgabe von Arbeitszeit, die Prostituierten können ihrer Tätigkeit in der Bar oder auch an einem sonstigen x-beliebigen Ort nachgehen, es ist kein Arbeitsort vorgegeben und es werden auch keine Arbeitsmittel (z.B. Kondome, Handfesseln, Peitschen, Dildos, etc) durch die Firmenleitung zur Verfügung gestellt.

Ebensowenig gibt es Vorgaben hinsichtlich der Preisgestaltung für die Dienste der Prostituierten. Diese vereinbaren das Honorar für ihre Leistungen selbst und ohne Vorgaben der Firmeninhaberin.

Die Prostituierten werden auch nicht durch die Firmeninhaberin oder einen Angestellten zu den ihnen obliegenden Untersuchungen befördert.

Die Bezahlung durch die Kunden erfolgt überwiegend bei Barzahlung direkt an die Prostituierte, bei Abrechnung mittels Bankomat oder Kreditkarte an die Firmeninhaberin, welche sofort den von der Prostituierten genannten und verrechneten Betrag an diese ausfolgt.

Arbeitszeiten der Prostituierten sind nicht vorgegeben, die Dauer der Leistungen wird auch nicht kontrolliert.

Den Prostituierten obliegt die freie Auswahl von Kunden und die Bestimmung, welche Art von sexuellen Dienstleistungen sie erbringen.

Es besteht kein Weisungsrecht der Betriebsinhaberin auf die Bestimmung von Ort und Zeit der Arbeitsleistung.

Die Prostituierten nächtigen nicht im Lokal.

Ein Arbeitgeber einer Prostituierten würde automatisch auch tatbildlich im Sinne der Bestimmungen §§ 105, 202 sowie 216 StGB handeln, da er aus der Tätigkeit einer Prostituierten Einnahmen erzielt und ihr als Arbeitgeber die Bedingungen der Ausübung ihrer Arbeit vorschreiben würde. Ein Arbeitgeber einer Prostituierten würde automatisch auch tatbildlich im Sinne der Bestimmungen Paragraphen 105, 202, sowie 216 StGB handeln, da er aus der Tätigkeit einer Prostituierten Einnahmen erzielt und ihr als Arbeitgeber die Bedingungen der Ausübung ihrer Arbeit vorschreiben würde.

Da für die Behörden in Geltung befindliche Normen, solange nicht Gegenteiliges feststeht, als verfassungskonform zu betrachten sind, ist primär einmal davon auszugehen, dass eine Interpretation der Normen bzw. eine Normanwendung, die zu diesen einander ausschließenden Ergebnissen führt, nicht verfassungskonform ist.

Hilfsweise wird geltend gemacht, dass, wenn die herrschende Gesetzeslage oder die Information oder Weisung des BMF tatsächlich eine derartige Normanwendung ermöglicht, die Gesetzeslage nicht verfassungskonform ist.

Das Unternehmerwagnis liegt bei allen angeführten Prostituierten vor, da der Erfolg der Tätigkeit und daher auch die Höhe der erzielten Einnahmen von der persönlichen Tüchtigkeit, vom Fleiß, von der Ausdauer und der persönlichen Geschicklichkeit abhängig sind und die mit der Tätigkeit verbundenen Aufwendungen nicht vom Auftraggeber ersetzt werden, sondern vom Unternehmer aus eigenem getragen werden müssen. (VwGH 6.4.1988, 87/13/0202; VwGH 21.12.1993, 90/14/0103; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167). Den Prostituierten werden ihre Aufwendungen nicht ersetzt.

Die Prostituierten haben selbst für ihre Arbeitskleidung und andere für die Ausübung ihres Berufes notwendigen Ausgaben zu sorgen.

Das Unternehmerrisiko kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Prostituierte die Möglichkeit hat, im Rahmen ihrer Tätigkeit Aufträge anzunehmen oder abzulehnen und solcher Art den Umfang ihres Tätigwerdens und den wirtschaftlichen Erfolg zu bestimmen (VwGH 20.12.2000, 99/13/0223).

Es gibt keine Hausordnung mit Merkmalen für die organisatorische Eingliederung und ein Weisungsverhältnis im Rahmen eines steuerlichen Dienstverhältnisses iSd § 47 EStG. Es gibt keine Hausordnung mit Merkmalen für die organisatorische Eingliederung und ein Weisungsverhältnis im Rahmen eines steuerlichen Dienstverhältnisses iSd Paragraph 47, EStG.

Es gibt keine Vorgaben, wo sich die Prostituierten aufzuhalten haben.

Sowohl die Prostituierten und deren Kunden können die betrieblichen Separées betreten, ohne betriebliche Inkassoaufsicht unmittelbar mit der Prostituierten Preis und Leistung ausschließlich selbstständig ausverhandeln.

Die Firmeninhaberin E. U. vereinnahmt nicht sämtliche Leistungen (Getränke, Zimmer - Schandlohn), die "Leistungen" der Prostituierten werden nicht von der Abgabepflichtigen vereinnahmt und versteuert. Die Prostituierten erhalten für ihre Dienste keine Zahlungen oder „Honorare“ durch die Bf.

Bei den Leistungen der Prostituierten handelt sich weiters um ein „gewährleistungstaugliches“ Werk im Sinne der VwGH-Judikatur (wenngleich eine Striptease-Tänzerin auch ein solches nicht erbringen muss und eine Tätigkeit keine Beschäftigung im Sinne des AuslBG oder ASVG darstellt - siehe hiezu z.B. UVS für das Land Oö, VwSen-251192/85/Kü/Pe).

Soweit sich eine Tätigkeit im rechtlich zulässigen Raum oder in einer legalen Grauzone bewegt ist kein Platz, über den Umweg des AuslBG oder ASVG diese Tätigkeiten auszuschalten und die im Primärrecht der Gemeinschaft verankerte Dienstleistungsfreiheit zu umgehen.

Der österreichische Rechtsanwalt in einer Großkanzlei, der weisungsgebunden arbeitet, an Zeiten gebunden und in den Betriebsablauf integriert ist, wo evident ein Unterordnungsverhältnis besteht und er sich nicht vertreten lassen kann, hat keinen Nachweis zu erbringen oder glaubhaft zu machen, dass er selbstständig tätig ist.

Auch er wird für seine Dienste nach Stunden bezahlt und seine Tätigkeit vom „senior Partner“ überwacht und kontrolliert, sogar die Höhe des Entgelts.

Die erkennende Behörde führt nicht aus, worin der Unterschied liegen soll. Bei besagtem Beispiel überwiegen die Merkmale der Unselbständigkeit mehr als im Falle der Prostitution.

Jeder Franchisenehmer oder Pächter (quasi pars pro toto einer OMV-Tankstelle oder einer Mc Donalds Filiale) der fixe Vorgaben an Betriebszeiten hat, sich nicht vertreten lassen kann und dem der Produktbezug vorgegeben ist, wird als selbständiger Unternehmer bewertet. Gewährleistungstauglich ist die Herstellung eines Burgers oder das Zurverfügungstellen einer Zapfsäule auch nicht.

Der Begriff des Selbständigen zum Arbeitnehmer wird durch österreichische Gerichte anders ausgelegt als durch den EuGH.

Der Fußballer als Berufssportler beim Erstligisten der österreichischen Bundesliga ist Arbeitnehmer im Sinne der Rechtssprechung des EuGH, der OGH verneint diese Eigenschaft als Arbeitnehmer zu 8 ObS 20/03d vom 16.07.2004.

In der Rechtssache C-319/06 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Großherzogtum Luxemburg wurde definiert, dass Art. 49 EG nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen verlangt. In der Rechtssache C-319/06 Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Großherzogtum Luxemburg wurde definiert, dass Artikel 49, EG nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen verlangt.

Die nationalen Regelungen dürfen nicht geeignet sein Dienstleistungen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, sohin eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs bewirken. Nach ständiger Rechtssprechung des EuGH müssen die Mitgliedsstaaten, um die volle Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, nicht nur ihr Recht mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang bringen, sondern darüber hinaus eine so bestimmte, klare und transparente Lage schaffen, dass der Einzelne seine Rechte im vollem Umfang erkennen und sich vor den nationalen Gerichten auf sie berufen kann.

Die Regelung ob selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt ist gemäß Information des BMF vom 14.01.2014 zu BMF-010203/0015-VI/B/2014 in das Ermessen der Verwaltung gestellt und stellt dies eine Gefahr für Unternehmen dar, sich verwaltungs- bzw. strafrechtlicher Sanktionen ausgesetzt zu sehen, was der Rechtsprechung des EuGH zuwiderläuft.

Zur Frage, ob die österreichischen Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht zum freien Dienstleistungsverkehr vereinbar sind, ist festzuhalten, dass es nicht mit dem EG-Recht über den freien Dienstleistungsverkehr vereinbar ist, wenn eine rumänische oder ungarische Prostituierte als Unternehmerin - also ein Unternehmer, der in Rumänien oder

Ungarn alle Voraussetzungen für eine gewerbliche Tätigkeit erfüllt und der in Österreich schon tätig war - weitergehende - wenn auch nur formale - Voraussetzungen erfüllen oder etwas nachgewiesen oder glaubhaft gemacht werden muss, um seine Tätigkeit in Österreich ausüben zu können.

Sofern durch das AuslBG, das ASVG, Informationen des BMF oder die Judikatur Vorschriften über die vertraglichen Beziehungen zwischen Dienstleistungserbringern und Dienstleistungsempfängern begründet werden, welche eine selbstständige Tätigkeit des Dienstleistungserbringers beschränken, ist dies rechtswidrig im Sinne des Gemeinschaftsrechtes.

Der OGH hat am 27.01.2009 zu 10 Ob 78/08f unter Verweis auf die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 hinsichtlich der Unterscheidung darauf abgestellt, dass es darauf ankommt, in welcher Art der Pflichtversicherung man - Arbeitnehmer oder Selbständiger - versichert ist.

Auch zu 4 Ob 117/02p vom 28.05.2002 führt das Höchstgericht aus, dass nach Rechtsprechung des EuGH Arbeitnehmer jeder sei, der eine entsprechende Versicherteneigenschaft besitzt.

Das UStG wiederum definiert gewerbliche oder berufliche Tätigkeit insbesondere in Richtung der Frage, ob Eingliederung in ein anderes Unternehmen und der Frage ob Weisungsgebundenheit bestehen und stellt nicht auf Punkte ab, welche jedoch der VwGH andererseits für die Beurteilung dieser Frage sehr wohl heranzieht.

Welche Kriterien für die Beurteilung heranzuziehen sind, ist dem Gesetz nicht einmal ansatzweise zu entnehmen. Es wird nicht definiert, was ein Arbeitsverhältnis oder ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis darstellt, ebenso was unter dem wirtschaftlichen Gehalt zu verstehen ist.

Es ist selbst für einen Juristen schwer nachzuvollziehen, wie bei einem identen Sachverhalt zwei österreichische Gerichte im Sinne Art 234 Abs. 3 EG zu unterschiedlichen Ansichten kommen, ob nun ein Arbeits- oder Dienstvertrag vorliegt. Es ist selbst für einen Juristen schwer nachzuvollziehen, wie bei einem identen Sachverhalt zwei österreichische Gerichte im Sinne Artikel 234, Absatz 3, EG zu unterschiedlichen Ansichten kommen, ob nun ein Arbeits- oder Dienstvertrag vorliegt.

Es kann als notorisch vorausgesetzt werden, dass sich der Arbeitsmarkt im Wandel befindet und durch die tendenzielle Abkehr vom Normalarbeitsverhältnis und der Zunahme atypischer Beschäftigungsverhältnisse die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern aufgrund einer arbeitsvertraglichen Grundlage und Selbstständigen aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages immer schwieriger wird, zumal es an einer Legaldefinition mangelt.

Der EuGH stellt letztendlich nur auf die Frage der Weisungsgebundenheit und nicht auf den wirtschaftlichen Gehalt ab. Der Berufsspieler ist Arbeitnehmer im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, nach einer Entscheidung des OGH jedoch nicht. Die österreichische Judikatur legt evident Begriffe anders aus als der EuGH.

Die Prostituierten sind zu keiner Leistung verpflichtet, eine persönliche Abhängigkeit ist nicht ersichtlich, die Auslegung des Begriffes „Arbeitnehmer“ ist - auf Grund der vom EuGH erarbeiteten Grundsätze (EuGH Rs 53/81, Levin[9], Slg 1982, 1035) - stets autonom nach Gemeinschaftsrecht auszulegen und darf sich nicht an den nationalen Begriffsbestimmungen der Österreichischen Rechtsordnung orientieren. Die stRspr des EuGH legt diesen Begriff weit und großzügig aus.

Die im Lokal ... Bar tätigen Prostituierten sind selbstständige Unternehmerinnen. Dem entspricht auch die Ausgestaltung des Vertrags als einseitig verpflichtender Vertrag:

Dem Kunden steht kein Anspruch auf Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung zu; wurde die Handlung mit vorheriger (zumindest schlüssiger) Entgeltabrede jedoch vorgenommen, besteht ein Anspruch der Prostituierten.

Die selbstständige respektive freiberufliche Tätigkeit der genannten Personen ist daher im Sinne des ASVG ohne Zweifel.

Selbst das BMF stellt fest, dass es bei der Abgrenzung zwischen selbstständiger und nicht selbstständiger Tätigkeit ausschließlich um die ertragssteuerliche Definition eines Dienstverhältnisses geht und dies unabhängig vom Arbeitsrecht, vom Sozialversicherungsrecht und anderen juristischen Gebieten zu sehen ist.

Die Prostituierten waren weder angestellt noch in einer arbeitnehmerähnlichen Position tätig, vielmehr haben diese selbstständig agiert.

Somit entspricht der seitens der erkennenden Behörde unterstellte Sachverhalt, dass diese Prostituierten nach ASVG zu melden gewesen wären, nicht den Tatsachen.

Auch das sonstige Tätigkeitsumfeld spricht für eine selbständige Tätigkeit, Arbeitszeiten werden durch die Prostituierten selbst festgelegt und auch selbst bestimmt, ob sie überhaupt arbeiten oder nicht.

Weisungen gibt es nicht, die Prostituierten sind so selbstständig, dass sie selbst entscheiden, wie sie ihre Tätigkeit verrichten.

Ebenso ist die Entscheidung frei, welche Tätigkeit verrichtet wird.

Utensilien oder Kleidung wird den Prostituierten nicht zur Verfügung gestellt,

Fazit ist, dass selbst wenn im Licht des EStG ein Arbeitsverhältnis vorliegen sollte, kein Arbeitsverhältnis im Sinne des ASVG gegeben ist.

Die auf den Sachverhalt anzuwendenden Rechtsnormen sind zwar richtig zitiert, jedoch zu Unrecht wurde der Sachverhalt unter die angezogenen Normen subsumiert.

Aufgrund der zitierten Entscheidungen, welche in diametralem Gegensatz zum Standpunkt der Behörde stehen, wird in diesem Zusammenhang nochmals angeregt, eine Vorabentscheidung durch den EuGH in gegenständlichem Fall einzuholen.

Die Beschuldigte behauptet in Anbetracht der Tatanlastung eine Verletzung subjektiver Rechte, sollte die Behörde dem Europäischen Gerichtshof (im Folgenden EuGH) eine entscheidungserhebliche Frage nicht zur Vorabentscheidung vorlegen.

Der Erlass des BMF bewirkt eine unzulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit sowie des Grundrechtes der Gewerbeausübung im Sinne des StGG, damit eine Beeinträchtigung subjektiver einfachgesetzlicher Rechte sowie von Grundrechten

Diese Beschränkung ist weder erforderlich noch verhältnismäßig.

Darüber hinaus entfaltet dieser Erlass des BMF und der Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit wettbewerbshemmende Wirkungen.

Vereinbarungen, die gegen das Strafrecht verstoßen, werden als Inhaltsverbote zu qualifizieren sein.

Es stellt sich auch im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Dienstvertrag die Frage, inwiefern ein derartiger Abschluss möglich ist.

Der OGH erkannte zu 14 Ob 192/86 ein Arbeitsvertrag nicht vorliegt, auch wenn etwa die Eingliederung in den Betrieb durch Vorgabe von Arbeitszeit und Arbeitsort, sowie das Vorschreiben von Preis und Leistung gegeben waren.

Eine Pflicht der Prostituierten zur Leistung gibt es nicht und wäre eine derartige Verpflichtung sittenwidrig.

Um in den Anwendungsbereich des ASVG zu kommen, muss eine Person in „...einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird...“

Es sei darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit der Prostitution bisher eine Eingliederung in das ASVG aus Sicht der Krankenversicherungsträger, auf Grund angenommener fehlender wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit, unterblieben ist.“

III. Die Finanzpolizei, Team ..., brachte mit Stellungnahme vom 05.08.2015 dazu vor, der Verfahrenssachverhalt beruhe auf einer Amtshandlung der Finanzpolizei vom 27.11.2014. Neben den Wahrnehmungen der einschreitenden Organe beruhe der ermittelte Sachverhalt wesentlich auf den Ergebnissen der Niederschrift vor Ort und den bereits früher durchgeführten Vernehmungen diverser Personen. Die Personen hätten sehr konkrete Angaben zu dem Betrieb, seinem Gegenstand, den betrieblichen Abläufen und der näheren Ausgestaltung der Tätigkeit gemacht. Bei dem gegenständlichen Lokal handle es sich um einen Bordellbetrieb. Er bestehe aus einem Gastraum, in welchem die Gäste Getränke konsumieren und Kontakte mit den anwesenden Damen anbahnen könnten, und mehreren Zimmern („Separees“), in welchen die Prostitution ausgeübt werde. Die Beschwerdeführerin als Inhaberin des Betriebes verfüge über die für die Leistungserbringung wesentlichen betrieblichen Einrichtungen und Betriebsmittel. Daneben könne es nicht ins Gewicht fallen, wenn die Prostituierten unter Umständen die benötigten Kondome selbst ausgesucht haben

sollten. Betriebsgegenstand sei also einerseits der Ausschank von Getränken, zu deren Konsum durch die anwesenden Animierdamen angeregt werden sollte, und in weiterer Folge sollte es auch zur Anbahnung geschlechtlicher Kontakte gegen Entgelt kommen. Die Ausübung der selbstständigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin und die Aufrechterhaltung des Betriebes sei nur durch die Tätigkeit der Animierdamen und Prostituierten möglich gewesen. Laut der Aussage der weiblichen Beschäftigten und des Kellners Herrn A. wären die Prostituierten während der Lokalöffnungszeiten regelmäßig und zur Gänze anwesend und dazu auch verpflichtet gewesen. Auch der Arbeitsort sei vorgegeben gewesen. Selbst bezüglich der anzuwendenden Sexualpraktiken und der Verwendung von Kondomen seien von den Verantwortlichen des Betriebes Vorgaben gemacht worden. Die Bezahlung sei stets an den Ehegatten der Beschwerdeführerin oder an den Kellner erfolgt. Je nach Art und Anzahl der Getränke, zu deren Konsumation die Animierdamen beigetragen hätten, wären ihnen feste Prozentsätze der jeweiligen Preise gutgeschrieben worden und hätten sie auch für die Durchführung des Geschlechtsverkehrs im Vorhinein bestimmte Anteile erhalten. Nur für Tage, an denen die von den Damen erzielten Umsätze € 50,- unterschritten hätten, hätten sie pro Nacht ein Fixum von € 20,- erhalten. Die Preisgestaltung sei von den Betriebsinhabern vorgegeben worden. Anderslautendes Vorbringen finde keine Deckung in den Erhebungsergebnissen. Alle fünf ausländischen Staatsangehörigen seien unter Umständen verwendet worden, die ein Dienstverhältnis im Sinne von § 4 Abs. 2 ASVG darstelle. Die Damen wären in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt worden. Aus der Tatsache, dass sie während der gesamten Öffnungszeiten im Lokal anwesend gewesen wären und ihre Dienste angeboten hätten, könne auf die persönliche Arbeitspflicht rückgeschlossen werden. Auch Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten wären fremdbestimmt gewesen. Zu den umfassenden Weisungsbefugnissen wären auch Kontrollbefugnisse gekommen. Die ausländischen Prostituierten seien keiner eigenen unternehmerischen Tätigkeit nachgegangen und keinem Unternehmerwagnis unterlegen, sondern hätten nur ihre Beiträge, nämlich Arbeitsleistung, zur selbstständigen Tätigkeit eines Anderen geleistet. Die ausländischen Animierdamen und der Kellner hätten die Abläufe bei der Bezahlung ausführlich geschildert. Auch in Bezug auf die Preisgestaltung und die Aufteilung der erzielten Einnahmen zeige sich die Fremdbestimmtheit. Es wurde daher die Abweisung der Beschwerde beantragt. römisch drei. Die Finanzpolizei, Team ..., brachte mit Stellungnahme vom 05.08.2015 dazu vor, der Verfahrenssachverhalt beruhe auf einer Amtshandlung der Finanzpolizei vom 27.11.2014. Neben den Wahrnehmungen der einschreitenden Organe beruhe der ermittelte Sachverhalt wesentlich auf den Ergebnissen der Niederschrift vor Ort und den bereits früher durchgeführten Vernehmungen diverser Personen. Die Personen hätten sehr konkrete Angaben zu dem Betrieb, seinem Gegenstand, den betrieblichen Abläufen und der näheren Ausgestaltung der Tätigkeit gemacht. Bei dem gegenständlichen Lokal handle es sich um einen Bordellbetrieb. Er bestehe aus einem Gastraum, in welchem die Gäste Getränke konsumieren und Kontakte mit den anwesenden Damen anbahnen könnten, und mehreren Zimmern („Separees“), in welchen die Prostitution ausgeübt werde. Die Beschwerdeführerin als Inhaberin des Betriebes verfüge über die für die Leistungserbringung wesentlichen betrieblichen Einrichtungen und Betriebsmittel. Daneben könne es nicht ins Gewicht fallen, wenn die Prostituierten unter Umständen die benötigten Kondome selbst ausgesucht haben sollten. Betriebsgegenstand sei also einerseits der Ausschank von Getränken, zu deren Konsum durch die anwesenden Animierdamen angeregt werden sollte, und in weiterer Folge sollte es auch zur Anbahnung geschlechtlicher Kontakte gegen Entgelt kommen. Die Ausübung der selbstständigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin und die Aufrechterhaltung des Betriebes sei nur durch die Tätigkeit der Animierdamen und Prostituierten möglich gewesen. Laut der Aussage der weiblichen Beschäftigten und des Kellners Herrn A. wären die Prostituierten während der Lokalöffnungszeiten regelmäßig und zur Gänze anwesend und dazu auch verpflichtet gewesen. Auch der Arbeitsort sei vorgegeben gewesen. Selbst bezüglich der anzuwendenden Sexualpraktiken und der Verwendung von Kondomen seien von den Verantwortlichen des Betriebes Vorgaben gemacht worden. Die Bezahlung sei stets an den Ehegatten der Beschwerdeführerin oder an den Kellner erfolgt. Je nach Art und Anzahl der Getränke, zu deren Konsumation die Animierdamen beigetragen hätten, wären ihnen feste Prozentsätze der jeweiligen Preise gutgeschrieben worden und hätten sie auch für die Durchführung des Geschlechtsverkehrs im Vorhinein bestimmte Anteile erhalten. Nur für Tage, an denen die von den Damen erzielten Umsätze € 50,- unterschritten hätten, hätten sie pro Nacht ein Fixum von € 20,- erhalten. Die Preisgestaltung sei von den Betriebsinhabern vorgegeben worden. Anderslautendes Vorbringen finde keine Deckung in den Erhebungsergebnissen. Alle fünf ausländischen Staatsangehörigen seien unter Umständen verwendet worden, die ein Dienstverhältnis im Sinne von Paragraph 4, Absatz 2, ASVG darstelle. Die Damen wären in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt worden. Aus der Tatsache, dass sie während der gesamten Öffnungszeiten im Lokal anwesend gewesen wären und ihre Dienste angeboten hätten, könne auf die

persönliche Arbeitspflicht rückgeschlossen werden. Auch Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenes Verhalten wären fremdbestimmt gewesen. Zu den umfassenden Weisungsbefugnissen wären auch Kontrollbefugnisse gekommen. Die ausländischen Prostituierten seien keiner eigenen unternehmerischen Tätigkeit nachgegangen und keinem Unternehmerwagnis unterlegen, sondern hätten nur ihre Beiträge, nämlich Arbeitsleistung, zur selbständigen Tätigkeit eines Anderen geleistet. Die ausländischen Animierdamen und der Kellner hätten die Abläufe bei der Bezahlung ausführlich geschildert. Auch in Bezug auf die Preisgestaltung und die Aufteilung der erzielten Einnahmen zeige sich die Fremdbestimmtheit. Es wurde daher die Abweisung der Beschwerde beantragt.

IV. Das Verwaltungsgericht Wien führte am 05.11.2015, am 08.03.2016 und am 12.05.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an welcher die Beschwerdeführerin und ihr Vertreter sowie ein Vertreter der Finanzpolizei teilnahmen. Im Zuge der Verhandlung wurden die Zeugen B. St., J. K., V. O., Ma. A., Herr Mag. L., Frau Bez. Insp. F., der Ehegatte der Beschwerdeführerin Herr T. U. und der Meldungsleger Herr H. zeugenschaftlich einvernommen. Das Verwaltungsgericht Wien führte am 05.11.2015, am 08.03.2016 und am 12.05.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an welcher die Beschwerdeführerin und ihr Vertreter sowie ein Vertreter der Finanzpolizei teilnahmen. Im Zuge der Verhandlung wurden die Zeugen B. St., J. K., römisch fünf. O., Ma. A., Herr Mag. L., Frau Bez. Insp. F., der Ehegatte der Beschwerdeführerin Herr T. U. und der Meldungsleger Herr H. zeugenschaftlich einvernommen.

Die Beschwerdeführerin machte im Zuge der Verhandlung folgende Aussage:

„Es ist richtig, dass ich die „... Bar“ an der Adresse L.-straße betreibe. Meines Wissens betreibe ich diesen Betrieb seit ca. 2011 oder 2012. Es handelt sich um eine Bar, in welcher auch die Prostitution ausgeübt wird. Ich selbst bin äußerst selten in der Bar, mein Mann betreut praktisch alles. Mein Mann ist bei mir angemeldet, weiters zwei Kellnerinnen.

Auf Vorhalt unserer Homepage:

Nicht alle der dort abgebildeten Damen sind wirklich in unserem Lokal. Mindestens sechs Prostituierte sind fix bei uns.

Tatsächlich vorhanden sind die laut Homepage angeführten: Is., D., Ed. als Barfrau (nicht Prostituierte) und Fl.. Diese drei Damen sind nunmehr als Prostituierte bei der WGKK angemeldet. Von den fünf Damen im Straferkenntnis kommt derzeit nur mehr Frau S. in die Bar, dies zwei- bis dreimal wöchentlich. Tatsächlich vorhanden sind die laut Homepage angeführten: römisch eins s., D., Ed. als Barfrau (nicht Prostituierte) und Fl.. Diese drei Damen sind nunmehr als Prostituierte bei der WGKK angemeldet. Von den fünf Damen im Straferkenntnis kommt derzeit nur mehr Frau S. in die Bar, dies zwei- bis dreimal wöchentlich.

Aufgabe der Damen ist es zum Getränkekonsum zu animieren bzw. mit den Kunden auf die Zimmer zu gehen. Wir haben drei Zimmer als Separee vorgesehen. Ich kassiere lediglich für die Zimmer, das ist für das kleinere Zimmer € 30,-, für die größeren Zimmer € 40,- bis € 50,- in der Stunde. Die Kundschaften zahlen entweder mit Bargeld oder Kreditkarte, das Bargeld wird zunächst an uns übergeben und die Prostituierte erhält dann von uns den entsprechenden Betrag. Für die Getränke bekommen die Damen Prozente, z.B. für einen Piccolo € 5,- bzw. für einen Champagner einen entsprechenden Betrag. Die Getränke werden auch an der Bar zunächst bezahlt. Die Prostituierten erhalten dann je nach Abrechnung die entsprechende Summe. Wenn mit Kreditkarte bezahlt wird, rechnen wir mit Arbeitsende ab. Bettwäsche und Handtücher werden mit den Zimmern zur Verfügung gestellt. Sonstige Sachen wie Duschgel sind auch da. Kondome stellen wir auch zur Verfügung, dafür wird nichts verrechnet. Kleidung bzw. Sexspielzeug hat jede Prostituierte selbst.

Die Damen kommen z.B. über Mundpropaganda, einmal habe ich auch ein Inserat in der ...zeitung geschaltet bzw. steht auch auf unserer Internetseite unsere Telefonnummer. Es gibt keine Vorschriften von unserer Seite über bestimmte Sexpraktiken. Die Damen sagen uns einfach, was sie machen und wir beschreiben das auf unserer Internetseite. Jeden Tag sind ca. fünf bis sechs Prostituierte bei uns. Wir haben sieben Tage wöchentlich offen, früher waren das nur sechs Tage. Es kommen nicht immer alle Damen, manchmal kommen nur zwei bis drei, das ist unterschiedlich. Die Damen können sich aussuchen, an welchen Tagen sie zu uns kommen. Ich plane nicht wirklich wer kommt, bis jetzt war aber mindestens eine Person anwesend. Es gibt auch Kundschaften bei uns, die nur für Getränke kommen und mit keiner der Prostituierten reden wollen. Ich habe dann eine Prostituierte abgelehnt, wenn sie keine Kontrollkarte vorlegen konnte.

Ich weiß nicht, ob die Prostituierten ihr Einkommen selbst versteuern. Meines Wissens haben sie nichts versteuert, weil letztes Jahr ich alles versteuert habe.

Auf die Frage, warum ich das gemacht habe, dass kann nur mein Mann sagen, er macht die ganze Sache.

Auf die Frage, ob mir die Polizei die Auskunft gegeben hätte, nicht als Prostituierte anzumelden gewesen wären: Ich habe gesagt, dass die Mädchen selbstständig sind und jedes der Mädchen eine Kontrollkarte hat, die Finanzpolizei hat mir aber gesagt, nein, sie müssen angemeldet werden.

Auf die Frage, was Herr Mag. L. gesagt hat, ich dürfe die Damen nicht anmelden. Ich habe Herrn Mag. L. im Jahr 2012 getroffen. Ich war persönlich dort wegen der Betriebseröffnung. Ich habe auch eine Bewilligung nach dem Prostitutionsgesetz. Später war eine Kontrolle, die Polizei hat die Anmeldung nicht verlangt und auch gar nichts dazu gesagt. Erst bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei wurde dann gesagt, dass ich die Damen anmelden müsse. Die Kontrolle war am 27.11.2014.

Die Gespräche bezüglich Anmeldung hat mein Mann geführt. Mein Mann hat mir gesagt, dass es Probleme gebe, weil diese Damen als Prostituierte angemeldet sind. Das war jedenfalls nach dem 27.11.2014. Es war am 27.11.2014 eine Dame als Prostituierte bei der WGKK anzumelden. Wir haben das vorher schon versucht, das war vor unserer Verhaftung. Es wusste niemand wie man da machen kann. Am 27.11.2014 waren ich und mein Mann erst zwei oder drei Tage aus dem Gefängnis entlassen. Die zuständige Fachbereichsleiterin bei Finanzamt konnte keine Auskunft erteilen, wie vorzugehen sei. Diese Auskunft hat unser Steuerberater angefordert, das war jedenfalls vor unserer Verhaftung. Mehr kann ich dazu nicht sagen, weil die Kontakte über meinen Mann gelaufen sind.

Auf die Frage, ob ich meinen Damen sage, wie, wo, was zu machen ist:

Ich gebe keine Anweisungen an die Damen.

Unsere Öffnungszeiten sind von 20 Uhr bis 6 Uhr in der Früh. Die Prostituierten kommen und gehen wann sie wollen. Es kommt jeden Tag vor, dass Prostituierte erst um 22 oder 23 Uhr kommen, um 20 Uhr kommt keine.

Eine Hausordnung habe ich in meinen Dokumenten. Auf nochmalige Nachfrage gebe ich, wo geregelt ist, welche Dame was zu machen hat. Schriftlichen Vertrag mit den Damen gibt es nicht. Bei der Vorstellung verlangen wir Meldezettel und Kopie der Karte. Über die Provisionen für die Getränke bzw. die Einnahmen wird auch gesprochen. Die Preise wissen die Damen selber. Ich bekomme nur den Fixpreis für das Zimmer. Den Preis für die Damen macht diese mit der Kundschaft selbst aus. Der Kunde zahlt an der Bar für Getränke, das Geld für die Prostituierten gibt er dieser im Zimmer selbst und die Mädchen bringen das dann an die Bar. Der Gast zahlt auch den Preis für das Zimmer an der Bar. Das Entgelt der Mädchen wird nur zur Aufbewahrung von dieser dann an die Bar weitergegeben. Wenn der Gast alles mit Karte zahlt, bekommt sie am Ende von uns den abgerechneten Betrag. Dieser abgerechnete Betrag wird dann von uns versteuert. Wenn mit Bankomat bezahlt wird, wird das dann alles versteuert. Ich führe die Mädchen nie zum Amtsarzt. Von mir selbst ist nie jemand begleitet worden, auch nicht in der Anfangszeit. Ich habe manchen, am Anfang ca. drei oder vier Mädchen, eine Wohnung verschafft, darunter war auch K.. Meines Wissens nach hat kein anderes Nachtlokal die dort anwesenden Prostituierten angemeldet. Es stimmt, dass Anmeldungen in anderen Lokalen z.B. als Kellnerinnen erfolgen, ich habe dafür keine Erklärung.

Es kommt vor, dass die Prostituierten auch eigene Kunden mitnehmen. Ich sehe z.B. auf der Straße einen Gast mit einer Prostituierten, wenn ich nach Hause fahre, oder beim Einkaufen, dass kann auch außerhalb unserer Öffnungszeiten sein.

Die Damen haben meistens unterschiedliche Preise für eine halbe Stunde oder eine Stunde verlangt. Ich glaube auch nicht, dass es auf der Homepage steht. Dafür ist aber mein Mann zuständig.

Die Damen die schon am längsten bei uns sind, sind dreimal in der Woche da. Manchmal kommen auch andere dazu. Es kommt auch vor, dass eine Prostituierte ihre Freundin anruft, und diese dann ca. zwei Tage später zu uns kommt, wenn es mehr zu verdienen gibt.

Es gibt bei der Prostitution Mindestpreise, für die halbe Stunde kann man nicht mehr als € 100,-- bis € 120,-- verlangen, für die Stunde ca. € 200,--. Ich glaube nicht, dass eine Frau weniger als € 50,-- verlangen wird.

Die Bedingungen, die wir mit den Prostituierten ausmachen, sind in allen Fällen gleich. Die Kunden können bei uns auch die Zimmer besichtigen, das können auch die Frauen machen. Die Damen haben die Handtaschen in den Kästen und das Geld an der Bar verwahrt, die Handys nehmen sie gelegentlich mit.“

Die Zeugin Frau St. sagte:

„Ich war eine Zeit lang in der Bar der Bf tätig. Das war direkt nach der Eröffnung am 08.03., wie lange weiß ich nicht, ca. ein Jahr durchlaufend. Ich habe mit den Gästen jeweils etwas getrunken und bin dann in eines der Zimmer gegangen. Ich war zwei- bis dreimal maximal wöchentlich dort, dann bin ich nach Hause zu meiner Tochter gefahren.

Auf Vorhalt meiner Aussage vom 27.06.2014:

Ich kann mich nicht erinnern, dass ich so ausgesagt habe. Tatsächlich war ich maximal dreimal in der Woche dort. Wann ich gekommen bin, habe ich jeweils mit meinem „Chef“, dem Gatten der Bf, vereinbart. Wenn einen Tag keine Arbeit war, haben wir für die Anwesenheit € 20,-- bekommen. Die Kunden haben für eine Stunde € 150,-- und für eine halbe Stunde € 96,-- bezahlt. Der Kunde hat das entweder im Zimmer oder an der Bar bezahlt. Mir selbst sind dann von der Stunde € 100,-- geblieben und von der halben Stunde € 60,--, das war so vereinbart. Von den Konsumationen habe ich für einen Piccolo € 5,-- und für eine große Flasche ca. € 10,-- bis € 15,-- bekommen. Es gab keine Vorschriften, was ich mit den Kunden zu machen habe, wenn das, was der Kunde verlangt hat, im Rahmen der Norm war, war das in Ordnung.

Auf Vorhalt meiner Aussage vom 27.06.2014, Seite 4, dritter Absatz:

Mir wurde die Aussage eines anderen Mädchens vorgehalten, ich habe gesagt: Ja es ist so, dass war aber nach Vereinbarung. Ich habe auch gesagt, dass das nur nach Vereinbarung so war und nicht verlangt wurde. Meine Kleidung bzw. Spielzeuge habe ich selbst gehabt. Kondome wurden zur Verfügung gestellt bzw. manchmal haben wir sie auch selbst gekauft. Ich habe in der Zeit, als ich in der Bar tätig war, in keiner anderen Bar gearbeitet.

Ich habe einmal einen Kunden außerhalb der Bar mitgenommen, dieser war in mich verliebt.

Ich war niemals krank in dieser Zeit. Wenn das der Fall gewesen wäre, hätte ich das gemeldet, da ich nicht krank arbeiten könnte.

Ich war nicht gezwungen jede Regelblutung zu melden, wir haben jedoch darüber gesprochen. Nach der Amtshandlung am 26.06.2014 war ich nicht mehr in dem Lokal. Wenn ein Kunde Spezialwünsche gehabt hätte, wäre mir auch ein höheres Entgelt geblieben. Die Bf selbst war sehr selten in der Bar anwesend und hat selbst keine Vorgaben gemacht.

Bezüglich der Kleidung gab es lediglich Ratschläge. Wie ich zu den Kontrolluntersuchungen gekommen bin, kann ich mich nicht erinnern. Ich gebe jetzt an, dass ich mit der U-Bahn gefahren bin. Ich bin alleine gefahren. Ich arbeite nicht mehr in diesem Gewerbe. Ich habe nach dem 27.06.2014 noch zwei Monate im der „...-Sauna“ gearbeitet. Es war ein Unterschied in der Arbeit, deshalb bin ich in der „...-Sauna“ nur zwei Monate geblieben. Es war ganz anders, in der Bar von C. und T. habe ich mich wie zu Hause gefühlt. Im Verdienst war kein Unterschied. In der Sauna war ich als Prostituierte gemeldet. Es ist aber dort ganz anders als in der Bar.

Auf die Frage, ob ich am 27.06.2014 zur SVA gemeldet war, ja ich habe immer die Karte gehabt.“

Frau K. sagte aus:

„Ich habe vom 17.3.2014 bis Ende März dieses Jahres in der ... Bar in der L.-straße gearbeitet. Ich habe als Prostituierte dort gearbeitet. Wegen familiärer Probleme habe ich nicht jeden Tag dort gearbeitet sondern es ist vorgekommen, dass ich in der Woche viermal dort war, manchmal auch nur zweimal. Ich habe selbst bestimmt, wie oft ich gekommen bin und habe mich auch mit den Kunden abgesprochen. Ich hatte teilweise Stammkunden. Mit der BF oder ihrem Mann habe ich gar nicht gesprochen, wann ich komme, das war uns überlassen. Als ich das erste Mal dort war, waren mit mir zusammen 7 Personen anwesend, das waren teilweise Prostituierte bzw. das sonstige Personal.

Bezüglich Bezahlung war uns überlassen, wieviel wir im Zimmer vom Kunden verlangen. Was den Alkoholkonsum betrifft, wurden die Kosten mit der Bar verrechnet, es bestand aber keine Pflicht etwas zu konsumieren. Wenn ich selbst eingeladen wurde, dann meist auf einen sogenannten Piccolo. Ich habe keine Provision für die Getränke bekommen. Wenn ich etwas getrunken habe, hat immer der Kunde bezahlt. Mit der BF und ihrem Mann war

ausgemacht, dass ich nur für die Unterkunft bezahlen muss, ich habe eine Wohnung von der BF zur Verfügung gestellt bekommen. Für die Wohnung musste ich 600 Euro monatlich zahlen, aber nicht auf einmal. Für die Zimmerbenutzung musste ich nichts bezahlen. Manchmal haben wir dem Kellner Trinkgeld gegeben, das war aber nicht verpflichtend. Das was ich vom Kunden verlangt habe, ist zur Gänze mir geblieben. Ich habe zwischen 80 und 100 Euro pro Stunde verlangt. Ich hatte lediglich Information aus dem Hören-Sagen was andere verlangen. Vorschriften gab es keine. Kondome, Duschgel und Desinfektionsmittel habe ich immer von T. bzw. C. erhalten. Auch Bettwäsche wurde bereitgestellt. Kleidung war uns überlassen, genauso Sexspielzeug. Im Prinzip war uns selbst überlassen, was wir machen, wenn wir etwas nicht hatten, z.B. Spielzeug, haben wir T. oder C. gefragt, ob sie uns helfen. Es waren keine Praktiken verpflichtend vorgeschrieben.

Ich war durchschnittlich drei- bis viermal die Woche dort. Manchmal die ganze Woche, manchmal zwei Wochen nicht. Im Allgemeinen bin ich um 20 Uhr dort gewesen. Es war nicht verpflichtend, dass ich bis in der Früh dort bleiben muss. An Wohnungsmiete habe ich jeweils so viel davon bezahlt, was ich gerade hatte bzw. je nach dem, was ich gerade verdient habe. Wenn einmal kein Kunde gekommen ist und ich war dort, bin ich gelegentlich von anderen Mädchen auf ein Getränk eingeladen worden oder haben sie mir fünf Euro von ihrem Trinkgeld gegeben. Eine Pauschale von der BF oder ihrem Mann habe ich für die Anwesenheit nicht bekommen.

Im Zeitraum 26.6.2014 (damals wurden die BF und ihr Gatte festgenommen) war ich gerade auf Urlaub. Ich war mit meinem Sohn in Wien. Ich habe von der Festnahme über eine Kollegin erfahren. In der Folge war das Lokal zwei Wochen zugesperrt. Ich habe in dieser Zeit in einem Lokal im ... Bezirk gearbeitet. Dann hat mich der Kellner Ma. angerufen und gesagt, er habe das Lokal wieder eröffnet und gefragt, ob ich Lust hätte, wieder zurück zu kommen. In diesem Zeitraum hat Ma. alles erledigt. Es ist vorgekommen, dass wir dann nur zu zweit bzw. zu viert dort waren. Gegen 2 spätestens 3 Uhr ist jeder nach Hause gegangen. Es ist nicht richtig, dass im August geschlossen war. Ich weiß nicht, wer Ma. kontrolliert hat. Ich weiß nicht, ob ich in der Bar im ... Bezirk bei der WGKK angemeldet war. Wenn ich jetzt hier krank werde, zahle ich meine Kosten selbst, das übernimmt dann meine ungarische Versicherung. Ich bin derzeit wieder Prostituierte, habe auch meine Grüne Karte, ich arbeite aber sehr selten, weil meine Mutter krank ist. Ich fahre zu den Kontrolluntersuchungen für die Grüne Karte immer mit der U3. Ich fahre meistens alleine, manchmal zu zweit oder zu dritt. Weisungen bezüglich meiner Tätigkeit habe ich nie bekommen. Wenn ich eine Weisung bekommen hätte, z.B. dass ich Sex auf der Tankstelle haben sollte, hätte ich gelacht, mich angezogen und wäre weggegangen. Wenn ein Kunde so ein Angebot macht, hätte ich das auch sicher abgelehnt."

Frau O. gab an:

„Ich habe im Lokal „... Bar“ gearbeitet, bin aber auch manchmal nur so hingegangen und habe etwas getrunken. Ich habe nicht viel gearbeitet. Ich weiß nicht mehr wann das war, ich habe das schon vergessen, es ist lange her. Am 27.11.2014 habe ich noch dort gearbeitet. Die nächste Woche habe ich aufgehört. Ich habe sechs Tage wöchentlich gearbeitet, weil ich das Geld gebraucht habe. Ich habe von Montag bis Samstag gearbeitet, ob die Bar am Sonntag geschlossen hatte, weiß ich nicht. Ich habe ausschließlich als Prostituierte gearbeitet. Ich habe die Gäste nicht zum Alkoholkonsum animiert. Ob ich selbst etwas trinke oder nicht, geht niemanden etwas an. Für die halbe Stunde haben die Gäste ca. 80 Euro bezahlt, genau weiß ich es nicht mehr, es ist zu lange her. Für eine ganze Stunde habe ich mich nicht zur Verfügung gestellt. Die 80 Euro habe ausschließlich ich selbst bekommen, das war mein Geld. Ich habe an die BF oder ihrem Mann überhaupt nichts bezahlt. Ich musste aber dafür bezahlen, dass die Bettwäsche gereinigt wird, ich weiß aber nicht mehr wie viel, das ist schon lange her. Ich arbeite immer noch als Prostituierte. Jetzt arbeite ich als Straßenprostituierte. Ich verdiene jetzt weniger Geld. Als ich für die BF gearbeitet habe, habe ich Kondome selbst gekauft. Meine Kleidung habe ich auch selbst besorgt, Sexspielzeug verwende ich nicht. Auch in der Zeit, als ich sechs Tage wöchentlich gearbeitet habe, bin ich nur gekommen, wenn mir danach zumute war, ansonsten bin ich nicht gekommen. Die Kunden gaben das Geld dem Barmann. Nach jedem Kunden bekam ich dann das Geld. Ich habe alles bekommen, was der Kunde an der Bar abgegeben hat. Ich habe dem Kunden gesagt, wieviel ich von ihm will, aber die Kunden haben das Geld an der Bar abgegeben, da ich nicht wollte, dass es im Zimmer ist. Ich weiß nicht, ob Kunden manchmal mit Kreditkarte bezahlt haben, das weiß ich nicht mehr. Ich habe mein Geld jedenfalls immer bar bekommen und immer sofort. Vorschriften hat mir niemand gemacht, ich bin kein Baby. Ich habe auch lange Zeit im Prater gearbeitet. ... Bar habe ich verlassen, weil mir gesagt wurde, ich müsste eine rote Karte haben und ich nicht weiß, was das ist.

In der Zeit nach der Verhaftung der BF und ihres Gatten (26.6.2014) bin ich nur unregelmäßig in die Bar gegangen. Ich

kann mich an ein Gespräch mit dem Vertreter der BF erinnern. Das war am Tag der Festnahme. Ich kann mich auch an ein Gespräch mit dem BFV erinnern, wo mir dieser gesagt hat, dass ich nicht für die BF arbeiten dürfe. Ich erinnere mich, dass er gesagt hat, ich könne eventuell später zurückkommen. Er hat mir auch gesagt, dass ich zu Besuch in die Bar kommen könne.

Die Adresse für die Kontrolluntersuchungen ist in Erdberg. Ich fahre mit der U3 dort hin. Ich bin sozialversichert und zahle dafür 50 Euro monatlich. Ich lege diesbezüglich einen Erlagschein der SVA vor. Ich zahle das nunmehr seit 4 Monaten. Die E-Card wurde mir erst später ausgestellt. Ich habe auch eine Steuernummer. Das seit dem Tag als ich die Sozialversicherung abgeschlossen habe. Also seit vier Monaten.“

Herr Ma. A. sagte aus:

„Ich war als Kellner im Lokal ... Bar beschäftigt. Das war seit ca. September 2013 bis Oktober/November 2014. Bei der Kontrolle am 27.11.2014 war ich noch dabei. Genau ist mir die Kontrolle nicht Erinnerlich, weil das schon lange her ist. Ich habe aufgehört, weil ich eine andere Arbeit gefunden habe, die nicht in der Nacht stattfindet und ruhiger ist. In der Zeit, als ich in der Bar gearbeitet habe, waren manchmal zwei, manchmal vier oder fünf Prostituierte anwesend. Das war unterschiedlich. Die Damen sind gekommen, wie sie wollten. Geöffnet war außer Sonntag jeden Tag. Wenn ich gearbeitet habe, waren jeden Tag Prostituierte anwesend. Ich war Kellner, d.h. ich habe Getränke serviert. Bezüglich der Leistungen der Prostituierten haben sich diese mit dem Kunden selber ihr Honorar ausgemacht. Mir haben sie das Geld gelegentlich zum Aufbewahren gegeben. Auf Vorhalt meiner Aussage vor der Polizei vom 31.7.2014, das ich so nicht richtig. Die Damen haben ihr Honorar normalerweise selbst bekommen. Von den Preisen wusste ich nichts. Auf Vorhalt meiner Aussage vom 31.7.2014 Seite 3, die Beträge waren Richtwerte, es ist aber richtig, dass fürs Zimmer etwas bezahlt wurde, ich weiß aber nicht mehr wie viel. Ich habe das Geld aber meistens deshalb auch gewechselt. Prozente für die Getränke wurden ursprünglich ausbezahlt, das wurde jedoch umgestellt, wann das genau war, weiß ich nicht. Die Damen haben nichts bekommen, wenn in einer Nacht kein Freier gekommen ist. Auf Vorhalt meiner Aussage vom 31.7.2014, ich kann dazu nichts anderes sagen, es war jedenfalls kein Fixum vereinbart. In dem Zeitraum, als ich gearbeitet habe, war die BF selten anwesend, ihr Mann war öfters da. Wenn ich gearbeitet habe, habe ich selbst die Kassa geführt. Vorschriften an die Prostituierten hat es meiner Meinung nach auch bezüglich Kleidung nicht gegeben, sie durften kommen wann sie wollten. Die Bettwäsche wurde vom Lokal zur Verfügung gestellt. Duschgels waren auch immer im Lokal, Kondome haben sich die Damen selbst besorgt. Sonstiges Sexspielzeug ist mir nicht aufgefallen, wenn dann haben das die Damen selbst mitgehabt.

Im Zeitraum als die BF und ihr Gatte inhaftiert waren, habe ich das Lokal normal aufgesperrt. Es war aber sehr wenig los. Die Damen sind gekommen wie sie wollten. Es ist auch passiert, dass einmal gar niemand da war. Ich habe das Lokal dann geschlossen. Das ist ein paar Mal vorgekommen. Die Prostituierten sind im Lokal nur herumgesehen und haben gewartet, ob jemand kommt. Wenn ich um 8 Uhr angefangen habe, war selten schon jemand da. Die Prostituierten sind um 10 Uhr oder 9 Uhr gekommen, manchmal auch erst um 12 Uhr. Manche sind um 12 Uhr auch gegangen, weil nichts los war.

Ich habe keine Weisungen z.B. bezüglich Getränkekonsums erteilt. Höchstens jemanden weggeschickt, wenn er z.B. zu betrunken war. Es gab auch Prostituierte, die überhaupt keinen Alkohol getrunken haben. Normalerweise haben die Prostituierten keine Gratisgetränke bekommen. Sie wurden höchstens einmal freundschaftlich eingeladen. Bezüglich bestimmter Sexpraktiken waren mir keine Weisungen bekannt. Ich weiß nicht, ob es das wo anders gibt. Eine Hausordnung musste sein, sie hängt beim Eingang und beim Zimmer. Das betrifft nur den Jugendschutz. Wir haben die Grünen Karten kontrolliert, aber nicht vorgeschrieben, dass jemand zum Amtsarzt gehen müsse. Ohne Grüner Karte haben wir Damen weggeschickt. Aufzeichnungen über Gäste gab es nicht. Die Damen waren nicht verpflichtet, die Freier zum Getränkekonsum zu animieren. Aus den Einnahmen der Prostituierten habe auch ich selbst nichts bekommen.“

Herr Mag. L. gab an:

„Das Lokal ... Bar wurde von uns als Prostitutionslokal bewilligt und ist seit 11.7.2013 mit Bescheid der LPD Wien bewilligt. Das Lokal wird regelmäßigen Kontrollen unterzogen. Im Jahr 2015 waren zwei Überprüfungen, im Jahr 2014 glaublich auch ein bis zwei Überprüfungen. Bei den Überprüfungen wird überprüft, ob die Sexarbeiterinnen angemeldet sind und eine Kontrollkarte haben. Weiters wird das Lokal sicherheitstechnisch und hygienisch überprüft. Die Anmeldung von Mitarbeitern zur SV fällt nicht in unsere Zuständigkeit und wird von uns nicht überprüft. Wir gehen

Hinweisen in diese Richtung auch nicht nach. Es ist mir nicht bekannt, dass mit der Bf oder mit ihrem Gatten jemals etwas in diese Richtung besprochen wurde. Ich kann auch nicht angeben, ob bei den Kontrollen immer dieselben Sexarbeiterinnen angetroffen wurden. Die Bf ist bei uns als Betreiberin des Lokals gemeldet und daher auch als Kontaktperson. Es ist möglich, dass es in dem Standort auch eine Bar gibt, auch diese wird von uns aber nicht überprüft, da das nicht in unsere Zuständigkeit fällt.

Ermittlungen und Erhebungen im Hinblick auf § 216 StGB werden auch von der LPD durchgeführt, allerdings nicht von meiner Dienststelle durchgeführt. Ob jemals ein tatbildliches Vergehen nach § 216 StGB festgestellt wurde, kann ich nicht angeben. Wenn eine Prostituierte mir sagen würde, sie müsse das tun, was ihr Arbeitgeber verlangt, würden wir weiter nachfragen, ob sich ein Hinweis auf einen strafrechtlichen Tatbestand ergibt. Solche Wahrnehmungen sind mir von den Kontrollberichten des gegenständlichen Betriebes nicht bekannt. Ich selbst habe den Betrieb persönlich noch nicht kontrolliert. Es kann aber sein, dass Beamte des Landeskriminalamtes dazu Wahrnehmungen haben. Diese sind auf diesem Gebiet die Experten. Ermittlungen und Erhebungen im Hinblick auf Paragraph 216, StGB werden auch von der LPD durchgeführt, allerdings nicht von meiner Dienststelle durchgeführt. Ob jemals ein tatbildliches Vergehen nach Paragraph 216, StGB festgestellt wurde, kann ich nicht angeben. Wenn eine Prostituierte mir sagen würde, sie müsse das tun, was ihr Arbeitgeber verlangt, würden wir weiter nachfragen, ob sich ein Hinweis auf einen strafrechtlichen Tatbestand ergibt. Solche Wahrnehmungen sind mir von den Kontrollberichten des gegenständlichen Betriebes nicht bekannt. Ich selbst habe den Betrieb persönlich noch nicht kontrolliert. Es kann aber sein, dass Beamte des Landeskriminalamtes dazu Wahrnehmungen haben. Diese sind auf diesem Gebiet die Experten.

Konkret auf dieses Lokal bezogen, habe ich keine Wahrnehmungen, wie die Bezahlung erfolgt bzw. aufgeteilt wurde. Wenn wir Hinweise auf ein „Ausnützungsverhältnis“ haben, wird der Fall dem LKA übergeben.“

Frau Bez. Insp. F. sagte aus:

„Ich bin beim LKA tätig, mein Aufgabenbereich umfasst unter anderem das Suchtmittelgesetz.

Ich war einmal in dem Lokal ... Bar, dies im Zusammenhang mit einer Amtshandlung wegen des Verdachts auf gewerbsmäßigen Betrug bzw. Übertretungen des Suchtmittelgesetzes. Die Amtshandlung im Lokal muss am 26.6.2014 begonnen haben, es kam dann zu Verhaftungen und Einvernahmen, sowie Hausdurchsuchungen. Es gab zuvor bereits Telefonüberwachungen.

Es gibt Gespräche aus der Telefonüberwachung, aus denen allesamt hervor geht, dass der „Chef“ Hr. T. U. ist, der auch dafür zuständig ist, welche Mädels in dem Lokal arbeiten und welches Service sie machen müssen.

Die Gesprächsprotokolle liegen bei der Staatsanwaltschaft, es ist ein Strafverfahren bei Gericht anhängig. Die Gesprächsprotokolle liegen im Gerichtsakt auf und können gegebenenfalls angefordert werden. Die Aktenzahl lautet

Ich verweise auf die Niederschriften zur Beschuldigteneinvernahme von Fr. St. B., diese gab an, dass sie für eine halbe Stunde 58,- bekommt und T. 95,- vom Kunden bekommt. Für eine Stunde bekommt das Mädl 96,- und T. verlangt 155,-. Es geht daraus auch hervor, dass der Gast beim Kellner zahlt, das heißt bei T. oder Ma.. Die Mädels bekommen auch Prozente für Getränke.

Frau Se. Sa., am ...1967 geboren, sagte aus, sie sei von T. eingestellt worden, das Lokal gehe auf C., die eigentlich Frau E. U. heißt. Es war vereinbart, dass sie außer Sonntag jeden Tag um 21 Uhr gekommen ist. Diese macht die gleichen Angaben über den Stundenlohn, wie Frau St. machte. Sie gab auch an, dass der Gast bei Ma. oder T. bezahlt und sie ihr Geld immer erst am Ende der Schicht bekommen hat. Wenn der Gast mit Bankomat bezahlt hat, bekommen sie das Geld erst ein bis zwei Tage später.

Ich gebe dazu an, dass es im Lokal einen Zettel gab, ca. A4, darauf waren alle Mädels, die arbeiten, aufgeschrieben. Dort wird notiert, wie viele Zimmer sie jeweils gehabt haben und wie viel Getränkeprozent. Das wird von Ma. oder T. aufgeschrieben, diese Zettel sind im Original in unserem Akt vorhanden und müssten auch bei der Finanzpolizei aufliegen.

Frau R. Z., „Mi.“, am ...1989 geboren, gab bei ihrer Einvernahme an, in einer Wohnung von Hr. U. und seiner Gattin gewohnt zu haben. Sie musste dafür monatlich 600,- Miete bezahlen. Sie musste wöchentlich zahlen und jeweils 150,-. Sie wurde vom „Chef“ T. eingestellt. Der Chef würde auch vorgeben, welches Service sie im Lokal machen müsse „ficken mit Gummi, ficken Arsch mit Gummi und blasen ohne Gummi“. Über die Stundensätze macht sie idente

Angaben, auch dass sie das Geld von T. oder Ma. erhält und C. ca. 2 Mal im Monat im Lokal ist. Wenn mit Bankomat bezahlt wird, bekommt sie das Geld später. Aus den Telefonüberwachungen geht hervor, dass sie das Geld von ihrer Arbeit oft nicht bekommen hat, weil das gleich für die Miete der Wohnung einbehalten wurde. Es gibt konkret ein Gespräch dazu am 20.11.2013 um 04:53 und 42 Sekunden, Gespräch Nr. 1 von der Tü des Kellners Ma.. Dabei wird gesprochen, wie viel Geld die Mädels ausbezahlt bekommen haben. Es wird davon gesprochen, dass Mi. nur € 7,50 statt € 319,- ausbezahlt bekommen hat.

Aus den Gesprächsprotokollen geht es auch hervor, dass einer „So.“ € 150,- ihrer Einnahmen von Ma. weggenommen worden wären, weil es sich dabei um die Miete der Wohnung handle. T. beschwert sich in dem Gespräch, dass alle Mädels glauben, sie könnten bei ihm gratis wohnen. Es gibt mehrere derartige Gespräche, unter anderem zwischen Hr. U. und Hr. A. am 5.1.2014 beginnt um 13:44 und 31 Sekunden, ist das Wortprotokoll Nr. 11 auf der Tü des Kellners.

Grundsätzlich berichtet Ma., was im Lokal stattgefunden hat und T. beschwert sich oft über die Mädels. Er beschwert sich auch, dass er zu wenig Mädels hat und er sich nicht von ihnen erpressen lassen will. Er sagt konkret, die Mädels müssen „ficken mit Gummi, Küssen, ficken und Arsch dann gibt's das Geld dafür oder die Wohnung billiger oder wie auch immer“.

Es gibt noch eine Telefonüberwachung, zwischen der „blonden Sa.“ und der „alten Sa.“, daraus geht hervor, dass beide um 18 Uhr im Lokal sein müssen und fertig sein müssen. Sollte das nicht der Fall sein, dann zieht T. ihnen € 10,- ab.

Es ergibt sich aus den Unterlagen, dass die Mädels ein Fixum von € 30,- für jeden Tag bekommen.

Es gibt auch ein weiteres Telefongespräch der „alten Sa.“ mit einem „Ga.“, wo über die Arbeitsbedingungen gesprochen wird, demnach müssten die Mädels grundsätzlich von 18.00 Uhr bis 05.00 Uhr arbeiten und sonntags ist geschlossen. Die Angaben zu den Getränkeprovisionen sind ident.

Ein weiteres Gespräch führte Hr. U. mit einem unbekannten Ungarn, Hr. U. sagt darin „nur dass du Bescheid weißt, blasen ohne Gummi, küssen, ficken, Arsch“.

Aus den Telefongesprächen geht auch hervor, dass die Bf selbst nicht oft im Lokal war (ca. 2 Mal im Monat), wenn sie dort gewesen ist, war sie wegen Drogen „für nichts zu verwenden“. Die Bf hat sich aber darum gekümmert, dass neue Mädels zu einer Kontrollkarte kommen, sie ist mit ihnen gemeinsam zur Untersuchung auf den Deutschmeisterplatz gefahren. Aus den Gesprächen geht weiters hervor, dass Hr. U. neue Mädels zu Beginn auch ohne Kontrollkarte arbeiten ließ, wenn sie dann regelmäßig und verlässlich gekommen sind, hat man sich darum gekümmert. Laut Hr. U. waren die Mädels selbstständig, es gab keine Anmeldungen. Es gab einen Aktenordner im Lokal, in welchem die Kopien der Kontrollkarten enthalten waren und vermerkt, seit wann die Mädels da waren. Dieser Ordner sollte für Kontrollen bezüglich Geheimplotitation da sein. Er ist auch der FPO bekannt.

Diese Erhebungen waren alle bis zum 27.6.2014.

Es ist richtig, dass wir die FPO verständigt haben, wann das genau war, weiß ich nicht. Es gab auch eine zweite Kontrolle durch die FPO, ob ich dort dabei war, weiß ich nicht. Federführend war bei der zweiten Kontrolle die FPO, bei der ersten Kontrolle dagegen das LKA.

Aufgrund der hohen Anzahl von ca. 3.000 Gesprächen, die überwacht wurden, kann ich nicht sagen, ob Hr. U. einem Mädel direkt telefonisch oder persönlich Anweisungen gegeben hat. Ich kann nur das sagen, was die Mädels in den Einvernahmen freiwillig angegeben haben. Es waren Beschuldigteneinvernahmen, da es um andere Themen gegangen ist, als die Prostitution. Die Mädels hätten aber keinen Grund gehabt, bei diesem Thema zu lügen.

Auf Vorhalt der Aussage von Fr. St. in diesem Verfahren: Ich kann dazu nichts sagen, ich weiß nur was sie mir gegenüber angegeben hat. Es haben alle Mädels unabhängig voneinander bei getrennten Einvernahmen bezüglich Bedingungen das gleiche ausgesagt. Thema der Beschuldigteneinvernahme war grundsätzlich Suchtgift bzw. gewerbsmäßiger Betrug.

Ich glaube dass die amtsärztlichen Kontrollen zum damaligen Zeitpunkt noch nicht am T.-Klestil-Platz waren, sondern am Deutschmeisterplatz waren. Das geht aus den Gesprächen hervor.

Erhebungen, wer der Mädels zur SVA gemeldet war, wurden nicht von uns sondern von der FPO gemacht.

Bei der Kontrolle im Juni waren die FPO mit und haben sofort über den Laptop online die Anfragen durchgeführt.

Wenn ein Gast das Lokal betritt, haben sich die Mädels um ihn zu kümmern, Getränke bringt der Kellner, dieser ist auch dafür verantwortlich, dass er die Getränke notiert und einen Zettel für die Kunden anlegt. Wenn ein gewisser Betrag erreicht ist (ca. € 300,-) muss eine Zwischenrechnung gemacht werden, dass ist je nach Gast unterschiedlich.

Grundsätzlich ist es so, dass die Mädels während der Schicht keinen Lohn bekommen. Es wird alles bei Hr. A. oder bei Hr. U. bezahlt. Eine Auszahlung erfolgte am Ende der Schicht. Diese Angaben stammen aus der Einvernahme von Hr. A..

Diese Angaben beziehen sich alle bis zum Zeitpunkt unserer Kontrolle im Juni 2014.“

Der Ehegatte der Beschwerdeführerin Herr T. U. gab an:

„Ich betreibe gemeinsam mit meiner Gattin das Prostitutionslokal „... Bar“, wir haben um Bewilligung eingereicht und die Bewilligung im März 2013 bekommen. Meine Frau ist die Betreiberin des Lokals und ich bin ihr Angestellter, ich kümmere mich um alle Angelegenheiten. Die Anzahl der Prostituierten in unserem Lokal variiert stets, die Mädchen kommen und gehen wann sie wollen. Unsere Öffnungszeiten sind um 20 Uhr bis 4 oder 5 Uhr morgens. Bisher ist jeden Tag geöffnet, ich sperre aber manchmal schon früher zu, wenn keine Mädels kommen bzw. sperre ich dann gar nicht auf. Ich habe ständig als Mitarbeiter eine Geschäftsführerin mit Gewerbeberechtigung für Bar sowie zwei Barfrauen. Hr. A. war früher als Kellner bei uns beschäftigt, das hat aber nicht gut funktioniert, insbesondere gab es Probleme als meine Gattin und ich aus der Untersuchungshaft entlassen worden sind. Wir hatten dann Probleme mit der FPO, da z.B. kein Bargeld mehr vorhanden war und auch keine Abrechnungsbelege. Die Einnahmen für diesen Zeitraum waren daher nicht nachvollziehbar. Danach ist Hr. A. „verschwunden“. Seither habe ich keinen Kontakt mehr mit ihm.

Am 27.11.2014 waren wir sehr kurz aus der U-Haft entlassen, als die Kontrolle durch die FPO war. Bei dieser Kontrolle war auch Fr. F. anwesend. Hr. A. war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bei uns tätig. Wir haben schon vorher einmal gehört, dass wir Prostituierte, die in einer Bar arbeiten, zur SV anmelden müssen.

Ich lege dazu einen E-Mailverkehr mit meinem Steuerberater vor.

Ich habe auch erfahren, dass ich die Mädchen nicht anmelden soll, weil das Zuhälterei wäre, und das strafbar sein würde. Mittlerweile melde ich alle Mädchen zur SV an. Aufgrund der hohen Fluktuation ist es allerdings sehr viel Aufwand.

Zum Zeitpunkt Nov. 2014 war das System genauso wie heute. Die Mädchen sind gekommen, wann sie wollten. Ich lasse mich regelmäßig überraschen, wann wer kommt. Die Mädchen sind auch früher gegangen, wenn sie das wollten.

Man kann heute einer Prostituierten keine Vorschriften machen, weil es soziale Einrichtungen gibt, wo sie sich beschweren kann. Ich weiß, dass in Wien, in anderen Lokalen, Prostituierte als Kellnerinnen angemeldet werden.

Zur Bezahlung gebe ich an: Die Mädchen bekommen einen Stundenlohn vom Gast, das sind für eine halbe Stunde € 100,-, darin inkludiert ist die Zimmermiete, die € 40,- beträgt. Extraleistungen macht die Prostituierte mit dem Gast selbst aus, davon erfahre ich nichts.

Ich bin nicht der Zuhälter der Prostituierten.

Bargeld wird immer dem Mädchen persönlich übergeben, das Geld wird, wenn die Mädchen das möchten, beim Barman oder der Barfrau aufbewahrt. Das dient zum Schutz gegen Diebstähle. Wenn das Mädchen nach Hause gehen möchte, wird eine Abrechnung gemacht und sie bekommt ihren Anteil.

Es gibt Provision für Getränkekonsum, das beträgt zwischen € 5,- und € 40,-. Die Provision ist bereits im Getränkepreis inkludiert und wird von uns auch versteuert.

Früher war es so, dass die Mädchen eine fixe Gage bekommen haben, das war zwischen € 20 und € 30 täglich. Diese Gage wurde bezahlt, wenn das Mädchen in einer Nacht kein Zimmer genommen hat. Seit die Mädchen zur SV angemeldet sind, wird diese Gage nicht mehr ausbezahlt, sie bekommen Gehaltszettel, solange sie bei mir arbeiten.

Die Mädchen müssen bei uns kein Geld für die Inserate bzw. Fotos auf der Homepage bezahlen.

Wenn ein neues Mädchen kommt, verlangen wir die Kontrollkarte, Meldezettel, Ausweis und gegebenenfalls E-Card und melden sie digital zur SV an. Wenn ein Mädchen nicht mehr kommen will, kommt sie einfach nicht mehr. Mein Steuerberater macht dann jeweils eine Stornomeldung.

In der Zimmermiete ist die Reinigung inkludiert. Kondome, Duschgel etc. stellen wir zur Verfügung. Gegebenenfalls bekommen die Mädchen auch Essen von mir.

Wir hatten früher zwei Wohnungen, die wir den Mädchen vermietet hatten. Ab und zu haben wir an Miete € 20 täglich verlangt. Wenn das Mädchen kein Geld hatte, haben wir auch nichts verlangt. Jetzt habe ich keine Wohnungen mehr.

Vorschriften bezüglich Arbeitskleidung sind nicht notwendig. Die Mädels wissen sowieso, wie sie sich anziehen müssen. Grundsätzlich darf man bei mir auch nackt spazieren gehen.

Auf Vorhalt der Aussage von Frau F. gebe ich an, ich kann nicht beeinflussen, was die Mädels am Zimmer machen. Ich finde es gut, dass ich gesagt habe mit Gummi. Die Leistungen der Mädels sind auf der Homepage angeführt, hier steht auch dabei, wer „griechisch“ macht. Ich kann ein Mädchen auch nicht zwingen, etwas Bestimmtes zu machen.

Frau O. V. ist Asylwerberin. Sie geht am Straßenstrich, wenn sie einen Kunden hat, kommt sie zu mir um ein Zimmer. Im Nov. 2014 war sie noch bei mir im Lokal. Am 27.11.2014 hat uns Frau O. nur besucht und war nicht als Prostituierte tätig. Dies deshalb, da wir damals schon gewusst haben, dass sie als Prostituierte in der Bar nicht mehr arbeiten darf. Mein Anwalt hat mir damals schon gesagt, dass Fr. O. nicht bei mir arbeiten darf. Frau O. römisch fünf. ist Asylwerberin. Sie geht am Straßenstrich, wenn sie einen Kunden hat, kommt sie zu mir um ein Zimmer. Im Nov. 2014 war sie noch bei mir im Lokal. Am 27.11.2014 hat uns Frau O. nur besucht und war nicht als Prostituierte tätig. Dies deshalb, da wir damals schon gewusst haben, dass sie als Prostituierte in der Bar nicht mehr arbeiten darf. Mein Anwalt hat mir damals schon gesagt, dass Fr. O. nicht bei mir arbeiten darf.

Zu J. K., kann ich nur sagen, dass sie eine ungarische Prostituierte ist, bei uns gearbeitet hat.

Frau P. I. kenne ich unter diesem Namen nicht. Frau P. römisch eins. kenne ich unter diesem Namen nicht.

Ich sage nochmals, dass ich auch Zimmer an Straßenprostituierte vermiete. Das war auch im Nov. 2014 schon so. Das kann auch aufgrund der Gespräche der Mädchen untereinander vorkommen, ich kenne die Mädchen, die bei uns Zimmer mieten, meist gar nicht. Auf unserer Homepage gibt es auch Fakefotos, zum Teil handelt es sich um Mädchen, die wirklich bei mir sind. Der Name M. G. sagt mir nichts.

Die Prostituierten sind nicht verpflichtet, zu den Öffnungszeiten des Lokals anwesend zu sein. Die wirtschaftliche Beziehung bezieht sich auf Zimmer und Getränke. Das meiste Geld verdienen wir mit Getränken. Ein Kontrollsystem habe ich nicht, es gibt aber z.B. Erotikforen, wo Gäste Leistungen beurteilen. Beschwer hat sich bei mir noch kein Gast. Die Prostituierten nächtigen nicht im Lokal. Eine Prostituierte kann sich das Lokal auch nur anschauen und wieder weggehen, wenn es ihr nicht gefällt. Es gibt keine Hausordnung, es wird auch viel gestohlen.

In den betrieblichen Abläufen hat sich seit der Eröffnung 2013 nichts geändert, wir machen nur jeweils das, was uns das Gesetz sagt.

Ich habe max. zwei bis fünf Mädels im Lokal, ich hätte gerne mehr, bekomme sie aber nicht.

Auf Vorhalt der Aussage von Fr. F., die „alte Sa.“ war über ein Jahr bei mir. Sie wäre nicht so lange geblieben, wenn sie unzufrieden gewesen wäre. Ich mache die Mädels schon darauf aufmerksam, wenn sie schlechte Zähne haben oder stinken. Sie machen ja ansonsten kein Geschäft. Verkaufen können sich nur schöne Mädchen. Ich finde eine Vorgabe, dass die Prostituierten geschminkt zu einem gewissen Zeitpunkt anwesend sein müssen, nicht schlimm.“

Der Meldungsleger Herr H. sagte aus:

„Ich kann mich an die Kontrolle vom 27.11.2014 noch dunkel erinnern. Für mich war es das erste und einzige Mal, dass ich in diesem Lokal war. Es hat sich damals um eine Routinekontrolle im Rotlichtmilieu gehandelt. Kontrolliert wurden sowohl die Einhaltung des AuslBG bzw. ASVG sowie auch die steuerlichen Aspekte. Bei der Vorkontrolle im Juni dieses Jahres in dem Lokal war die Finanzpolizei nicht beteiligt, das war eine Kontrolle durch die LPD Wien.

Als wir das Lokal betraten, waren Herr und Frau U. anwesend, eine Dame hinter der Bar sowie drei, vier oder fünf Prostituierte. Wir meldeten die Kontrolle an, verlangten die Ausweise bzw. die grünen Karten. Ich habe dann gleich begonnen, mit Frau U. die steuerlichen Sachen zu besprechen, die Erhebungsblätter bzgl. der übrigen Personen haben meine Kollegen ausgefüllt. Bei der Kontrolle waren von unserer Dienststelle vier Personen anwesend, zusätzlich waren Polizeibeamte im Zusammenhang mit fremdenrechtlichen Überprüfungen dabei. Ich habe mich ausschließlich mit Herrn und Frau U. unterhalten und eine Niederschrift hinsichtlich der BAO angefertigt. Diese befindet sich nicht im Akt,

da es sich um ein steuerliches Verfahren handelt, das mit dem gegenständlichen Tatvorwurf nichts zu tun hat. Dolmetscher hatten wir bei der Kontrolle nicht dabei. Wenn wir wirklich einen Dolmetscher gebraucht hätten, hätten die Kollegen die Möglichkeit gehabt, über den Dolmetschernotdienst der Polizei jemanden anzufordern. Nachdem dies nicht der Fall war, gehe ich davon aus, dass es keine Verständigungsprobleme gegeben hat. Mit Herrn und Frau U. konnte ich mich problemlos verständigen.

Im Erhebungsblatt steht der Passus: „Diese Angaben bestätige ich mit meiner Unterschrift.“, wenn wir ein verkürztes Verfahren ohne Personenblätter machen. Im gegenständlichen Verfahren wurde keine Unterschrift verlangt, da wir die entsprechenden Angaben bereits aus Vorverfahren hatten. Beim verkürzten Verfahren geht es um die Identitätsprüfung, eine gesetzliche Bestimmung dazu ist mir nicht bekannt. In diesem Fall war es nicht notwendig, Unterschriften zu verlangen, da die Identitäten bereits aus anderen Verfahren feststanden, dies aus dem ersten Verfahren.

Zum Einkommenssteuergesetz kann ich zu meinen Wahrnehmungen jetzt nichts sagen, da das unter das Amtsgeheimnis fällt. Bzgl. AuslBG und ASVG habe ich festgestellt, dass die Prostituierten alle nicht zur Sozialversicherung angemeldet waren. Nach dem AuslBG waren es meiner Erinnerung nach ca. 3 Personen, die nicht arbeiten dürften. Genau weiß ich es jetzt nicht, es betrifft aber jedenfalls Frau O.. Es gibt von uns auch Strafanträge bzgl. AuslBG, diesbezüglich wird allerdings noch das Verfahren der Staatsanwaltschaft abgewartet.

Zum Erlass BMF – VI/7 (VI/7) gebe ich an, dass ich mich im Rahmen zwar daran halte, man muss aber jeden Einzelfall gesondert beurteilen. Bzgl. O. wurde bei der Kontrolle festgestellt, dass sie nicht in Österreich arbeiten darf und dass sie weder selbstständig noch unselbstständig zur Sozialversicherung angemeldet war. Betreten wurde sie im Lokal. Sie ist genauso wie die anderen Prostituierten auf einer großen Couch gesessen. Sie saß gemeinsam mit einer weiteren Dame und einem Herrn mit Blickrichtung zum Eingang. Die Damen waren alle in der für Prostituierte typischen Arbeitskleidung. Frau O. hatte eine grüne Karte. Es ist bekannt, dass eine solche Karte auch Personen ausgestellt werden, die an sich in Österreich nicht arbeiten dürften. Frau O. hat mittlerweile eine vorläufige Steuernummer bekommen, zum Tatzeitpunkt hatte sie noch keine. Bei der Amtshandlung ziehe ich sowohl den Dienstnehmerbegriff des ASVG als auch den des Steuerrechtes bei. Es dürfte richtig sein, dass es sich bei den anderen vier Damen um EU-Bürger handelt. Im Zuge der Amtshandlung selbst wurden keine Erhebungen hinsichtlich der EU-Dienstleistungsrichtlinie vorgenommen, in Nachhinein wurden dann bei der Aufarbeitung Abfragen zu jeder Person bzgl. Steuernummern bzw. Selbstständigkeit bzw. ASVG-Anmeldung oder Vorstrafen durchgeführt. Diese Feststellungen befinden sich in jedem Steuerakt von jeder Person, ich darf die Unterlagen dem Magistrat nicht ohne weiteres weitergeben. Jede Person, die in Österreich irgendwann einmal arbeitet, hat einen Steuerakt, egal in welcher Art und Weise. Bei meiner Abfrage zur Sozialversicherung sehe ich nicht, ob jemand z.B. als Prostituierte oder als Kellnerin oder Bauarbeiter angemeldet ist. Ich sehe lediglich, ob Vollzeit oder geringfügig. Ich kann nicht sagen, ob bei der Wr. Gebietskrankenkasse eine Anmeldung als Prostituierte möglich ist. Die Krankenkasse behält sich vor, ob sie die Anmeldung annimmt oder nicht, wir sind lediglich Kontrollorgane. Für uns ist nicht relevant bzw. ist mir nicht bekannt, ob das Sozialministerium eine Anmeldung als Prostituierte untersagt. Ich führe keine rechtliche Würdigung von Gesetzen durch.

Die Meldung wurde erstattet, da die Damen in Berufskleidung auf der Couch saßen und eine grüne Karte hatten.

Ich habe meinen Erhebungsakt heute mitgebracht und lege ihn zur Einsichtnahme vor.“

Auf die Fortsetzung der Verhandlung und mündliche Verkündung der Entscheidung wird verzichtet.

Mit Eingabe vom 27.06.2016 legte der Vertreter der Beschwerdeführerin die Niederschrift einer Überprüfung der Versicherungspflicht der im Betrieb der Beschwerdeführerin tätigen Prostituierten vom 23.06.2016 vor. Laut dem Inhalt dieser Niederschrift konnte festgestellt werden, dass sämtliche Prostituierte, welche seit 2013 der Versicherungspflicht gemäß § 4/2 ASVG unterzogen wurden, als selbständig Erwerbstätige tätig gewesen wären und keine Dienstnehmereigenschaften festgestellt werden konnten. Es wurden somit im Zuge der Erhebung sämtliche Dienstverhältnisse der Prostituierten bis einschließlich 30.04.2016 (Ende des Prüfungszeitraumes) storniert und die darauf entfallenden Beträge in der SV und MV gutgeschrieben. Unter der nunmehr stornierten Dienstverhältnissen befinden sich u.a. diejenigen von D. S. (für 2014 und 2015), V. O. (für 2014) und J. K. (für 2015). Mit Eingabe vom 27.06.2016 legte der Vertreter der Beschwerdeführerin die Niederschrift einer Überprüfung der Versicherungspflicht der im Betrieb der Beschwerdeführerin tätigen Prostituierten vom 23.06.2016 vor. Laut dem Inhalt dieser Niederschrift

konnte festgestellt werden, dass sämtliche Prostituierte, welche seit 2013 der Versicherungspflicht gemäß Paragraph 4 /, 2, ASVG unterzogen wurden, als selbständig Erwerbstätige tätig gewesen wären und keine Dienstnehmereigenschaften festgestellt werden konnten. Es wurden somit im Zuge der Erhebung sämtliche Dienstverhältnisse der Prostituierten bis einschließlich 30.04.2016 (Ende des Prüfungszeitraumes) storniert und die darauf entfallenden Beträge in der SV und MV gutgeschrieben. Unter der nunmehr stornierten Dienstverhältnissen befinden sich u.a. diejenigen von D. S. (für 2014 und 2015), römisch fünf. O. (für 2014) und J. K. (für 2015).

Die Eingabe vom 27.06.2016 wurde der Finanzpolizei zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit eingeräumt, binnen zwei Wochen eine Stellungnahme abzugeben. Es erfolgte keine weitere Stellungnahme dazu.

V. Aufgrund des Akteninhalts und des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:römisch fünf. Aufgrund des Akteninhalts und des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin des in Wien, L.-straße, gelegenen Betriebes „... Bar“, eines Prostitutionslokales, welches sie gemeinsam mit ihrem Ehemann betreibt.

Anlässlich einer Kontrolle dieses Lokales durch die Finanzpolizei am 27.11.2014 wurden die fünf im Spruch des angefochtenen Bescheides genannten weiblichen Personen, welche über Kontrollkarten zur Ausübung der Prostitution verfügten, in einer für Prostituierte typischen Berufskleidung im Lokal angetroffen. Eine Anmeldung der Prostituierten zur Sozialversicherung als Dienstnehmerinnen des Betriebes „... Bar“, lag zu diesem Zeitpunkt nicht vor.

In dem Lokal „... Bar“ waren während der Öffnungszeiten regelmäßig Prostituierte anwesend. Vereinbarungen zwischen der Lokalinhaberin und den Prostituierten wurden ausschließlich mündlich getroffen.

Die Beschwerdeführerin bzw. ihr Gatte verlangten von Prostituierten, die in der Bar arbeiten wollten, die Kontrollkarte, einen Meldezettel, einen Ausweis und ggf. die E-Card. Die Prostituierten hatten während ihrer Anwesenheit im Lokal die Möglichkeit, ihre Handtaschen in einem Kasten und ihr Geld an der Bar zu verwahren.

Die einzelnen Prostituierten waren nach eigener freier Entscheidung mehrmals wöchentlich im Lokal (z.B. Frau K. 2 bis 4mal, Frau O. 6mal in der Woche). Eine Anwesenheitspflicht während der gesamten Öffnungszeiten bestand nicht. Ihre Tätigkeit bestand im Wesentlichen darin, Besucher des Lokals zum Getränkekonsum zu animieren, sowie mit ihnen in einem der lokaleigenen Separees gegen Entgelt den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Seitens der Lokalinhabung wurden – abgesehen von der Zurverfügungstellung der Räumlichkeiten – Kondome, Duschgel und Desinfektionsmittel zur Verfügung gestellt sowie die Reinigung der Bettwäsche übernommen. Für von einem Gast konsumierte Getränke erhielten die Prostituierten eine Provision (€ 5,- für einen Piccolo, für größere Getränke mehr). Für die bloße Anwesenheit erhielten Prostituierte ursprünglich einen Pauschalbetrag zwischen € 20 und € 30 täglich; diese Praxis wurde geändert, nachdem die Beschwerdeführerin (infolge des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens) die Prostituierten als Dienstnehmerinnen bei der WGKK anmeldete.

Die Prostituierten konnten den Preis für die Inanspruchnahme ihrer Leistungen selbst bestimmen, wobei der übliche Preis für eine halbe Stunde zwischen € 80,- und € 100,-, für eine Stunde zwischen € 150,- und € 200,- lag. Die Gäste bezahlten für die Inanspruchnahme der Sexdienstleistungen in der Regel ebenso wie für die konsumierten Getränke an der Bar. Die Prostituierte erhielt in der Folge den erarbeiteten Betrag abzüglich einer Pauschale für die Benützung des Zimmers in der Höhe zwischen € 30,- und € 50,-. Frau K. war zum Tatzeitpunkt von der Beschwerdeführerin bzw. deren Gatten eine Wohnung zur Verfügung gestellt worden, wofür ihr ein monatlicher Betrag von € 600,- in entsprechenden Teilbeträgen von ihren Einnahmen in Abzug gebracht wurde.

Fachliche Weisungen oder Vorgaben bezüglich bestimmter Sexualpraktiken wurden den Prostituierten nicht erteilt. Zu den amtsärztlichen Untersuchungen wurden die Prostituierten von der Beschwerdeführerin – die selbst auch nur selten in der Bar anwesend war – nicht begleitet.

In der Folge des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens meldete die Beschwerdeführerin die in der Bar tätigen Prostituierten als Dienstnehmerinnen zur Sozialversicherung an. Bei einer Überprüfung der Versicherungspflicht durch die WGKK am 23.06.2016 wurde von dieser festgestellt, dass sämtliche Prostituierte, welche seit 2013 der Versicherungspflicht gemäß § 4 Abs. 2 ASVG unterzogen wurden, tatsächlich als selbständig Erwerbstätige tätig wurden, und keine Dienstnehmereigenschaften festgestellt werden konnten. Sämtliche Dienstverhältnisse der Prostituierten bis zum Ende des Prüfungszeitraumes (30.04.2016) wurden storniert. In der Folge des gegenständlichen

Verwaltungsstraßverfahrens meldete die Beschwerdeführerin die in der Bar tätigen Prostituierten als Dienstnehmerinnen zur Sozialversicherung an. Bei einer Überprüfung der Versicherungspflicht durch die WGKK am 23.06.2016 wurde von dieser festgestellt, dass sämtliche Prostituierte, welche seit 2013 der Versicherungspflicht gemäß Paragraph 4, Absatz 2, ASVG unterzogen wurden, tatsächlich als selbständig Erwerbstätige tätig wurden, und keine Dienstnehmereigenschaften festgestellt werden konnten. Sämtliche Dienstverhältnisse der Prostituierten bis zum Ende des Prüfzeitraumes (30.04.2016) wurden storniert.

VI. Zu den Feststellungen zu der anlässlich der Kontrolle des Betriebes am 27.11.2014 vorgefundenen Situation gelangte das erkennende Gericht aufgrund der unbedenklichen Angaben in der Anzeige und der damit übereinstimmenden zeugenschaftlichen Aussage des Meldungslegers. Dass die Beschwerdeführerin Inhaberin des gegenständlichen Betriebes ist, wurde von ihr selbst zugestanden. römisch sechs. Zu den Feststellungen zu der anlässlich der Kontrolle des Betriebes am 27.11.2014 vorgefundenen Situation gelangte das erkennende Gericht aufgrund der unbedenklichen Angaben in der Anzeige und der damit übereinstimmenden zeugenschaftlichen Aussage des Meldungslegers. Dass die Beschwerdeführerin Inhaberin des gegenständlichen Betriebes ist, wurde von ihr selbst zugestanden.

Dass die im Lokal beschäftigten Prostituierten ihre Arbeitszeiten sowie den Preis für ihre Leistungen selbst bestimmen konnten, wurde grundsätzlich von allen drei zeugenschaftlich einvernommenen Prostituierten, dem ehemaligen Barmann und Kellner des Lokales, sowie dem Ehegatten der Beschwerdeführerin bestätigt. Dem widerspricht auch die Aussage der Zeugin St., dass sie ihre Anwesenheit jeweils mit dem Gatten der Beschwerdeführerin abgesprochen hätte, nicht, vermag doch auch eine etwaige Absprache an ihrer grundsätzlichen Bestimmungsfreiheit nichts zu ändern. Hinweise darauf, dass die Prostituierten während der gesamten Öffnungszeiten des Lokales zur Anwesenheit verpflichtet gewesen wären, haben sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht ergeben.

Keine der drei im Verfahren zeugenschaftlich einvernommenen Prostituierten ist derzeit noch im Betrieb der Beschwerdeführerin tätig. Gleiches gilt für den ehemaligen Barmann und Kellner Herrn A. (dieser verließ den Betrieb der Aussage des Gatten der Beschwerdeführerin zufolge auch nicht in gutem Einvernehmen). Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich eine der genannten Personen durch eine bewusste Falschaussage zugunsten der Beschwerdeführerin der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung hätte aussetzen sollen. Diverse Unstimmigkeiten zwischen den Zeugenaussagen (z.B. ob eine Pauschale für die Anwesenheit bezahlt wurde, bezüglich Getränkeprovisionen, ob Kondome von den Prostituierten selbst besorgt wurden, bei wem ein Kunde tatsächlich bezahlte), dürften vielmehr auf eine grundsätzlich „großzügige“ Organisation und Abrechnungspraxis innerhalb des Betriebes zurückzuführen sein, wobei vom generell üblichen Vorgehen offenbar des Öfteren abgewichen wurde (vgl. etwa auch die Gegenverrechnung der Wohnungsmietkosten von Frau K. mit ihren Einnahmen). Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich auch aus den Aussagen der Prostituierten S., St. und O. anlässlich deren Beschuldigtenvernehmung nach dem SMG vom 27.06.2014 (also vor dem Tatzeitpunkt) und den vorangegangenen Gesprächsprotokollen der Telefonüberwachung für den gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt nichts grundsätzlich anderes. Keine der drei im Verfahren zeugenschaftlich einvernommenen Prostituierten ist derzeit noch im Betrieb der Beschwerdeführerin tätig. Gleiches gilt für den ehemaligen Barmann und Kellner Herrn A. (dieser verließ den Betrieb der Aussage des Gatten der Beschwerdeführerin zufolge auch nicht in gutem Einvernehmen). Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich eine der genannten Personen durch eine bewusste Falschaussage zugunsten der Beschwerdeführerin der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung hätte aussetzen sollen. Diverse Unstimmigkeiten zwischen den Zeugenaussagen (z.B. ob eine Pauschale für die Anwesenheit bezahlt wurde, bezüglich Getränkeprovisionen, ob Kondome von den Prostituierten selbst besorgt wurden, bei wem ein Kunde tatsächlich bezahlte), dürften vielmehr auf eine grundsätzlich „großzügige“ Organisation und Abrechnungspraxis innerhalb des Betriebes zurückzuführen sein, wobei vom generell üblichen Vorgehen offenbar des Öfteren abgewichen wurde vergleiche etwa auch die Gegenverrechnung der Wohnungsmietkosten von Frau K. mit ihren Einnahmen). Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich auch aus den Aussagen der Prostituierten S., St. und O. anlässlich deren Beschuldigtenvernehmung nach dem SMG vom 27.06.2014 (also vor dem Tatzeitpunkt) und den vorangegangenen Gesprächsprotokollen der Telefonüberwachung für den gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt nichts grundsätzlich anderes.

Hinsichtlich der Angaben, dass den Prostituierten ursprünglich ein Pauschalbetrag für die Anwesenheit – falls in einer Nacht kein Kunde erschien – bezahlt, dies jedoch später geändert wurde, sowie, dass ihnen ein Betrag für Getränkekonsumationen von Gästen bezahlt wurde, wurde der diesbezüglich unbedenklichen Aussage des Ehegatten

der Beschwerdeführerin, der für die Abrechnung im Betrieb hauptverantwortlich war, gefolgt. Seine Angaben wurden im Übrigen auch von der Zeugin Frau St. bestätigt.

Dass den Prostituierten keine fachlichen Weisungen in Bezug auf die Ausführung ihrer Tätigkeit erteilt wurden, erscheint schon in Bezug auf die Art ihrer Tätigkeit nachvollziehbar. Etwas entgegenstehendes, oder etwa auch Hinweise darauf, dass bestimmte Sexualpraktiken verpflichtend verlangt worden wären, wurde von keiner der einvernommenen Prostituierten geschildert. Bemerkt wird dazu, dass auch eine etwaige (sinngemäße) Aussage, die Prostituierten müssten A, B, C....praktizieren, damit es Geld gibt, nicht zwingend eine Weisung darstellen muss, sondern ebenso gut einfach eine Feststellung dahingehend bedeuten kann, dass die Verdienstmöglichkeiten einer Prostituierten, die verschiedene Sexualpraktiken anbietet, größer sind.

Hinsichtlich der Angabe, dass den Prostituierten auch Kondome zur Verfügung gestellt wurden, wurde der unbedenklichen Aussage der Beschwerdeführerin selbst (welche auch mit den Zeugenaussagen ihres Gatten und der Prostituierten Frau St. und Frau K. übereinstimmt) gefolgt.

Die Aussage der Beschwerdeführerin, dass die Prostituierten von ihr nicht zu den amtsärztlichen Untersuchungen begleitet wurden, wurde von diesen (sie konnten diesbezüglich auch die Adresse angeben bzw. den Weg mit öffentlichen Verkehrsmitteln in etwa beschreiben) bestätigt und erscheint nachvollziehbar.

Die Feststellungen zur nachträglichen Anmeldung der Prostituierten zur Sozialversicherung sowie zum Ergebnis der Prüfung durch die WGKK vom 23.06.2016 gründen sich auf die von der Beschwerdeführerin vorgelegten unbedenklichen Urkunden.

VII. Maßgebliche Rechtsvorschriften:römisch sieben. Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 und Z 2 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt. Gemäß Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 2, ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach Paragraph 36, meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach Paragraph 35, Absatz 3, entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt.

Nach Abs. 2 leg. cit. ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730,-- Euro bis zu 2.180,-- Euro, im Wiederholungsfall von 2.180,-- Euro bis zu 5.000,-- Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des VStG kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365,-- Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind. Nach Absatz 2, leg. cit. ist die Ordnungswidrigkeit nach Absatz eins, von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar mit Geldstrafe von 730,-- Euro bis zu 2.180,-- Euro, im Wiederholungsfall von 2.180,-- Euro bis zu 5.000,-- Euro, bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der Paragraphen 20 und 21 des VStG kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Absatz eins, die Geldstrafe bis auf 365,-- Euro herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 33 Abs. 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Voll- und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in der Versicherung pflichtversichert ist. Gemäß Paragraph 33, Absatz eins, ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Voll- und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen

Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in der Versicherung pflichtversichert ist.

Gemäß § 33 Abs. 2 ASVG gilt Abs. 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit. a ASVG Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind. Gemäß Paragraph 33, Absatz 2, ASVG gilt Absatz eins, für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach Paragraph 7, Ziffer 3, Litera a, ASVG Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

Gemäß § 4 Abs. 2 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Gemäß Paragraph 539 a, Absatz eins, ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

Gemäß § 539a Abs. 2 ASVG können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden. Gemäß Paragraph 539 a, Absatz 2, ASVG können durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

Gemäß § 539a Abs. 3 ASVG ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Gemäß Paragraph 539 a, Absatz 3, ASVG ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen. Gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

VIII. Rechtliche Beurteilung: römisch acht. Rechtliche Beurteilung:

Vorweg war zu bemerken, dass die Tätigkeit einer Prostituierten entgegen dem Beschwerdevorbringen grundsätzlich entweder selbständig oder aber in einem Beschäftigungsverhältnis erfolgen kann (vgl. VwGH 02.05.2012, 2010/08/0192, VwGH 07.09.2011, 2011/08/0206, VwGH 27.04.2011, 2010/08/0106, vgl. weiters VwGH 24.01.2014, 2013/09/0081 u.a.), Vorweg war zu bemerken, dass die Tätigkeit einer Prostituierten entgegen dem Beschwerdevorbringen grundsätzlich entweder selbständig oder aber in einem Beschäftigungsverhältnis erfolgen kann vergleiche VwGH 02.05.2012, 2010/08/0192, VwGH 07.09.2011, 2011/08/0206, VwGH 27.04.2011, 2010/08/0106, vergleiche weiters VwGH 24.01.2014, 2013/09/0081 u.a.).

Auch stützt sich das angefochtene Straferkenntnis nicht auf einen Erlass des Bundesministeriums für Finanzen, sondern auf die in seinem Spruch zitierten gesetzlichen Bestimmungen des ASVG.

In rechtlicher Hinsicht wurde in der Beschwerde unter anderem vorgebracht, die Prostituierten wären selbständig – und somit nicht in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit – tätig geworden, weshalb es sich nicht um Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG handle. In rechtlicher Hinsicht wurde in der Beschwerde unter anderem vorgebracht, die Prostituierten wären selbständig – und somit nicht in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit – tätig geworden, weshalb es sich nicht um Dienstnehmer im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG handle.

Dieses Vorbringen führt die Beschwerde zum Erfolg.

Für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits kommt es darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Vom Dienstvertrag ist jedoch überdies der „freie Dienstvertrag“ zu unterscheiden, bei dem es auf die geschuldete Mehrheit gattungsmäßig umschriebener Leistungen, die von Seiten des Bestellers laufend konkretisiert werden, ohne persönliche Abhängigkeit ankommt (VwGH 7.9.2011, 2011/08/0206 u.a.)

Für die Frage nach dem Bestehen eines Dienstverhältnisses kommt es im Einzelfall nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung wie Dienstvertrag oder Werkvertrag an. Vielmehr sind die tatsächlich verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. Für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung ist dabei stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit maßgebend, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist. Unter dem Begriff eines Werks im Sinne des § 1165 ABGB ist nicht allein die Herstellung einer körperlichen Sache, sondern können vielmehr auch ideelle, unkörperliche, also geistige Werke verstanden werden. (VwGH 29.2.2012, 2008/13/0087 mwN). Für die Frage nach dem Bestehen eines Dienstverhältnisses kommt es im Einzelfall nicht auf die von den Vertragspartnern gewählte Bezeichnung wie Dienstvertrag oder Werkvertrag an. Vielmehr sind die tatsächlich verwirklichten vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. Für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung ist dabei stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit maßgebend, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist. Unter dem Begriff eines Werks im Sinne des Paragraph 1165, ABGB ist nicht allein die Herstellung einer körperlichen Sache, sondern können vielmehr auch ideelle, unkörperliche, also geistige Werke verstanden werden. (VwGH 29.2.2012, 2008/13/0087 mwN).

Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes (u.a. 14 ObA 77/78) ist für private Arbeitsverhältnisse die grundsätzlich entgeltliche persönliche Dienstleistung der einen Partei in persönlicher Abhängigkeit von der anderen kennzeichnend. Die weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers äußert sich darin, dass er über seine Leistung nicht frei bestimmen kann, sondern in Unterordnung in den Organismus des Betriebes prinzipiell unbeschränkten Weisungen und der Kontrolle des Arbeitgebers unterworfen ist. Der wesentliche Unterschied zum Werkvertrag, bei welchem der Werkunternehmer nicht bloß eine bestimmte Bemühung, sondern einen bedingenen Erfolg schuldet, liegt ungeachtet der Möglichkeit, dass eine arbeitnehmerähnliche Stellung dessen angenommen werden kann, der die Arbeit leistet, darin, dass bei diesem das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit fehlt. Der auf Grund eines Werkvertrages Verpflichtete bestimmt weitgehend selbst die Lebensordnung seines Betriebes sowie die näheren Umstände der Erbringung seiner Leistungen und trägt das wirtschaftliche Risiko. Hier kommt es auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, für das er haftet und Gewähr zu leisten hat.

Die im Spruch genannten Prostituierten konnten gegenständlich sowohl ihre Arbeitszeiten als auch das Entgelt für ihre Tätigkeit (wobei das offenbare Vorhandensein eines marktüblichen Preisrahmens für die angebotenen Leistungen allerdings zu berücksichtigen war) frei bestimmen. Es traf sie demnach auch das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit. Dass der Ort der Tätigkeit vorgegeben war, ergibt sich demgegenüber aus der Natur des Vertrages mit den Prostituierten, wonach Zimmer („Separees“) für den entgeltlichen Vollzug des Geschlechtsverkehrs vermietet werden sollten. Es gab seitens der Beschwerdeführerin bezüglich der Ausübung der Prostitution weder Weisungen noch Leistungskontrollen.

Das Gericht verkennt nicht, dass gegenständlich auch einzelne Elemente für eine stärkere Eingliederung der Prostituierten in betriebliche Abläufe sprechen (so z.B. die zum Tatzeitpunkt bezahlte Pauschale für bloße Anwesenheit oder die Provision für von Gästen konsumierte Getränke). Jedoch überwiegen bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände die Elemente einer selbständigen Tätigkeit, stand es den Prostituierten doch grundsätzlich frei, ob sie an einem bestimmten Tag im Betrieb erscheinen und somit ggf. eine Anwesenheitspauschale beanspruchen oder Getränkeprovisionen erwirtschaften wollten. Auch mag zutreffen, dass für den Betrieb eines Prostitutionslokales die Anwesenheit von Prostituierten Voraussetzung ist, doch ändert das nichts daran, dass die Prostituierten – je nach der internen Organisation des Betriebes - nicht grundsätzlich als Dienstnehmerinnen beschäftigt, sondern eben auch selbständig tätig werden können.

Der Umstand, dass die Kunden der Prostituierten deren Leistungen grundsätzlich an der Bar bezahlten, und diese den Betrag erst später erhielten, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern, waren hierfür doch offensichtlich jedenfalls auch praktische Erwägungen (mangelnde sichere Aufbewahrungsmöglichkeit des Geldes bei den Prostituierten) ausschlaggebend.

Insgesamt war somit davon auszugehen, dass hinsichtlich der Tätigkeit der im Spruch genannten Prostituierten die Merkmale selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit gegenüber den Merkmalen persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen, weshalb keine Dienstnehmereigenschaft im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben war. Insgesamt war somit davon auszugehen, dass hinsichtlich der Tätigkeit der im Spruch genannten Prostituierten die Merkmale selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit gegenüber den Merkmalen persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen, weshalb keine Dienstnehmereigenschaft im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, ASVG gegeben war.

Bloß ergänzend wird auf die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes durch die Wiener Gebietskrankenkasse aufgrund der Überprüfung vom 23.06.2016 hingewiesen, welche gleichfalls zum Ergebnis einer selbständigen Tätigkeit der Prostituierten (u.a. für den Tatzeitraum) kam.

Da die Beschwerdeführerin die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung demnach nicht begangen hat, war das angefochtene Straferkenntnis spruchgemäß zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Dienstnehmerbegriff, Dienstnehmereigenschaft, Abgrenzung Dienstvertrag und Werkvertrag, selbständige Erwerbsausübung, persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit, Vorliegen eines Dienstverhältnisses, Beurteilung einer Leistungsbeziehung, verwirklichtes Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2016:VGW.041.063.7815.2015

Zuletzt aktualisiert am

28.12.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at