

TE UVS Steiermark 2007/04/27 33.12-4/2007

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.04.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark hat durch das Senatsmitglied Dr. Hütter über die Berufung des Herrn A M, wohnhaft in G, S 10, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Graz vom 22.01.2007, GZ.: A2-St 7/2005/1003, betreffend eine Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes wie folgt entschieden: Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (im Folgenden AVG) in Verbindung mit § 24 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (im Folgenden VStG) wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren nach § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

Text

Nach dem Spruch des Straferkenntnisses hat der Beschuldigte Tat zu verantworten: Sie haben laut Strafantrag des Zollamtes W vom 03.01.2005 bei der Ausübung ihres Arbeitsvermittlungsgewerbes am Standort G, S 10, die ukrainische Staatsangehörige A M, in der Zeit vom 13.11.2004 bis 11.12.2004 beschäftigt, obwohl für diese Ausländerin weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt wurde, noch der Ausländer im Besitze einer gültigen Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises gewesen ist und auch keine Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt und kein Aufenthaltstitel Daueraufenthalt-EG ausgestellt wurde. Wegen Verletzung des § 3 Abs 1 AuslBG verhängte die erste Instanz nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a dieses Gesetzes eine Geldstrafe (sowie Ersatzfreiheitsstrafe nach § 16 VStG). Begründend führte die erste Instanz aus, der Beschuldigte habe die Ausländerin an eine Bar in M vermittelt. Zum Beweis der Richtigkeit seiner Angaben habe er einen Gastspielvertrag und die Auftragsbestätigung vom 09.12.2004 vorgelegt. Er habe einen Gastspielvertrag mit der Ausländerin geschlossen (es folgt die Aufzählung einzelner Vertragspunkte) und mit dem Veranstalter H K in M eine Auftragsbestätigung (auch diesbezüglich werden einzelne Punkte angeführt). Die Ausländerin sei zwischen 13.11.2004 und 11.12.2004 in der A Table Dance Go-go Bar in der L S 14, M, aufgetreten. Bei der Kontrolle am 11.12.2004 habe sie keinen Gastspielvertrag vorgelegt. Nach Wiedergabe der §§ 3 Abs 1 und 2 Abs 2 lit b sowie 2 Abs 3 lit a AuslBG kam die erste Instanz zum Ergebnis, dass der vom Beschuldigten ins Spiel gebrachte Erlass des BMI vom November 2004 eindeutig erkennen lasse, dass die Frage, ob eine selbstständige Erwerbstätigkeit oder ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vorliege, nur im Einzelfall beantwortet werden könne. Schon auf Grund der Formulierungen der Allgemeinen Bedingungen des Gastspielvertrages sei ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und der Ausländerin eindeutig erkennbar. Die Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses gehe auch aus der Auftragsbestätigung zwischen H K und dem Beschuldigten hervor. Der Aufenthaltstitel habe nur für eine selbstständige Tätigkeit Gültigkeit. In den weiteren Ausführungen des Bescheides beschäftigte sich die erste Instanz mit der Strafbemessung. In seiner Berufung machte der Beschuldigte geltend, A M, sei selbstständige Tänzerin gewesen und keine Dienstnehmerin. Sie habe einen Gastspielvertrag wie andere Künstler gehabt, die über längere Zeit unter

Begleitung des Managements einer Agentur tätig werden. Auch Opernsänger und dergleichen würden nach allgemeiner Rechtsauffassung nicht als dienstnehmerähnlich eingestuft. Er könne auf mehrere vor dem UVS gegen die Zollbehörden geführte und gewonnene Prozesse zurückgreifen und auf mehrere Schreiben von Behörden (AMS, BMI etc), aus denen die Voraussetzungen für die Vermittlung von Showtänzerinnen vorgegeben wurde. Die Gastspielverträge seien von der WKO in Zusammenarbeit mit BMI und BMAA ausgearbeitet und den Agenturen vorgegeben worden. Er rege an, das Verfahren aus wirtschaftlichen Gründen einzustellen. Sollte die Behörde dem nicht folgen, bestehe er auf eine mündliche Verhandlung vor dem UVS, vor dem er auch die Beweise führen werde. Er beantrage die Vernehmung des Zeugen Mag. K K, Leiter der Fremdenpolizei G. Weiter werde er hohe Beamte der WKO, BMI, AMS und KIAB vorladen und die Namen noch nennen. Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark verhandelte die Berufungssache am 26.04.2007 in Gegenwart des Berufungswerbers, jedoch in Abwesenheit eines Vertreters des Finanzamtes B, R, S, wobei der Berufungswerber als Partei und H W, Finanzamt Braunau, R, S, als Zeuge vernommen wurden. A M ist in Österreich nicht gemeldet und konnte nicht zur Verhandlung geladen werden. Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark gelangt zu folgenden Feststellungen: Der Berufungswerber betrieb als Einzelunternehmer unter der Geschäftsbezeichnung P G seit ungefähr 1989 ein Gewerbe zur Vermittlung von Künstlern und Artisten für Selbstständige und Unselbstständige, wobei es um die Vermittlung von Tänzerinnen an Bars ging. Außerdem war der Berufungswerber Gewerbeinhaber des Gewerbes der Arbeitsvermittler nach § 124 Z 1 GewO 1994. Er hatte Kontakte mit Personen in der Ukraine, Russland, Moldawien und bekam von den Kontaktpersonen Fotos der Tänzerinnen und Reisepässe gefaxt und zahlte Provisionen. Es gab keine Vermittlung über das Internet. Die Vermittlung hat sich im Laufe der Jahre entwickelt, zuerst mit Slowakinnen und Ungarinnen. Die ukrainische Staatsangehörige A M, die kein Deutsch gesprochen hat, war insgesamt dreimal von der Agentur P G des Berufungswerbers verpflichtet worden. Sie hatte sich bei der österreichischen Botschaft in Kiew am 11.11.2004 eine Aufenthaltserlaubnis für kurzfristig Kunstausübende selbstständig nach § 90 Abs 4 FrG beschafft. Der Berufungswerber schickte ihr einen Gastspielvertrag nach einem von der Wirtschaftskammer und dem Bundesministerium für Inneres ausgearbeiteten Muster per Post, den Frau M am 09.12.2004 unterschrieb mit dem Vertragszeitraum 16.12.2004 bis 15.03.2005. Mit dem Veranstalter H K, hatte der Berufungswerber in Form einer Auftragsbestätigung vereinbart, dass die Tänzerin täglich zwischen 21.00 Uhr und 04.00 Uhr ihr Programm präsentieren muss, ihr eine kostenlose Unterkunft beizustellen war und der Veranstalter an die Agentur des Berufungswerbers pro Tag ? 74,00 und darüber hinaus die Kosten der Anreise der Tänzerin zu bezahlen hatte. A M war von 13.11.2004 bis 11.12.2004 auf Grund der Vermittlung durch den Berufungswerber als Showtänzerin in der Bar des H K in M, L S 11, im Einsatz, ohne dass ein Gastspielvertrag vorgelegen hätte. Die Bedingungen ihres Einsatzes richteten sich jedoch nach den in den sonstigen Fällen ihres Einsatzes vorliegenden Gastspielverträgen. Danach verpflichtete sich der Berufungswerber, ihr bei Vertragsende gegen Quittung eine tägliche Gage von ? 52,00 abzüglich 20 Prozent gesetzliche Ausländersteuer auszuzahlen. A M schloss, weil dies die Botschaft für die Ausstellung der Aufenthaltserlaubnis verlangte, mit der G Versicherung in Form einer Sammelpolize eine Kranken- und Unfallversicherung auch für A M ab und bezahlte die Versicherungsbeiträge vorläufig, zog die Prämie jedoch bei Bezahlung der Gage, nämlich ? 52,00 pro Monat, ab. Wenn die Tänzerin erkrankte, was vorkam, bekam sie die Gage nicht ausbezahlt. Da sie bei Ankunft in Österreich kein Geld bei sich hatte, schoss der Berufungswerber für die ersten paar Tage ?

50,00 bis ? 100,00 vor. Diese Vorschüsse wurden bei der Gagenzahlung abgezogen. Die Tänzerin hatte ein Ausbildungszeugnis als Showtänzerin. Sie hatte von 13.11.2004 bis 11.12.2004 an fünf Tagen in der Woche zwischen 21.30 Uhr und 04.00 Uhr in der Bar des H K in M selbstständig Auftritte als Showtänzerin zu absolvieren, wobei die Zahl der Auftritte von der Zahl der insgesamt im Lokal tätigen Tänzerinnen und der Zahl der Besucher abhing. Für die Beschäftigung von A M in der Go-go-Bar in M lag keine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz vor. Beweiswürdigung: Die Ermittlung des Sachverhaltes beruht auf einer Kontrolle von Beamten des Zollamtes W - KIAB am 11.12.2004, 23.00 Uhr, in der Bar A Table Dance Go-go Bar in M, L S 14, die auch unter dem Namen T F Dance firmierte. Dabei füllte M ein Formular mit dem Titel Niederschrift/Personenblatt aus, in das der Beamte S des Zollamtes am unteren Rand mit dem Raum für amtliche Vermerke Name, Reisepass und Aufenthaltstitel eintrug und vermerkte, dass kein Niederlassungsnachweis und kein Gastspielvertrag vorhanden sei. Die Ausländerin selbst füllte die übrigen Felder aus, wobei dem Unabhängigen Verwaltungssenat kein vollständig lesbares Personenblatt vorlag, sodass nicht beurteilt werden kann, in welchen Sprachen die Fragen gestellt wurden. Die Antworten der Ausländerin: Familienname M, Vorname A, Geburtsdatum, Staatsbürgerschaft Ukraine, Wohnadresse M, L S 14, A, Arbeit derzeit für die Firma P G, Beschäftigt als Tänzerin, Beschäftigt seit 13.11.2004 Go-go M, Tägliche Arbeitszeit 21.30 Uhr bis 04.00 Uhr, 5 t, Lohn

40 ? / t. Das Formular trägt eine Unterschrift, die mit der Unterschrift auf dem Gastspielvertrag vom 09.12.2004 identisch ist. In der Ladung zur Vorlage eines Gastspielvertrages und einer Auftragsbestätigung für die Tatzeit aufgefordert, legte der Berufungswerber eine nicht lesbare Kopie (Beilage ./1) und einen lesbaren Vertrag (Beilage ./5) vor, der aber keine Unterschrift der Showtänzerin trägt. Der Beweis, dass ein Gastspielvertrag für die Tatzeit vorlag, wurde daher nicht erbracht. Dasselbe trifft auf die Auftragsbestätigung zu. Die Beilage ./6 stellt eine Auftragsbestätigung vom 15.11.2004 für den Veranstaltungszeitraum 01.12.2004 bis 15.12.2004 dar, jedoch handelt es sich auch diesbezüglich um kein Original, sodass die Echtheit dieser Urkunde nicht außer Zweifel steht. Dennoch kann angenommen werden, dass der Einsatz von A M im Tatzeitraum in der Bar in M nach den Bedingungen erfolgte, die im Gastspielvertrag vom 09.12.2004 festgelegt wurden und dass auch für die Vertragsbeziehung zwischen dem Berufungswerber und dem Veranstalter die Vereinbarungen gegolten haben, wie sie in der Auftragsbestätigung vom 09.12.2004 zum Ausdruck kommen. Dass der Berufungswerber bei der G Versicherung eine Kranken- und Unfallversicherung in Form einer Sammelpolize abschloss und die Kosten vorschoss, geht nicht aus dem Gastspielvertrag hervor, sondern beruht auf der Aussage des Berufungswerbers. Ebenso war die Feststellung, dass die Tänzerin im Krankheitsfall keine Gage bekam, auf die Aussage des Berufungswerbers zu stützen. Der Zeuge W konnte sich an die Kontrolle nur wenig erinnern. Rechtliche Beurteilung: Nach § 3 Abs 1 AuslBG in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl I Nr. 126/2002 durfte ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeiterlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besaß. Die Aufenthaltserlaubnis vom 04.11.2004 stellt keine nach der angeführten Bestimmung gültige Bewilligung dar. Als Beschäftigung im Sinn des AuslBG gilt nach dessen § 2 Abs 2 lit e die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, wobei nach Abs 3 lit c in den Fällen des Abs 2 lit e auch der Beschäftigte im Sinn des § 3 Abs 3 AÜG einem Arbeitgeber gleichzuhalten ist. Nach der Konstellation im Berufungsfall kommt die Verwendung der Ausländerin als überlassene Arbeitskraft in Betracht. In diesen Fall wäre der Berufungswerber als Überlasser strafbar, sofern die Voraussetzungen zutreffen. § 97 GewO 1994 (Arbeitsvermittlung) bestimmt in seinem fünften Absatz: Personen, die am 30.06.2002 gemäß § 18 oder § 49 des Arbeitsmarktförderungsgesetzes (AMFG), BGBl Nr. 31/1969 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr.

13/1999, zur Durchführung der Künstlervermittlung berechtigt
waren, dürfen die Künstlervermittlung für die bewilligten Bereiche
weiter ausüben; die neuerliche Erbringung eines
Befähigungsnachweises ist nicht erforderlich. § 18 Abs 1 AMFG in
der Fassung BGBl I Nr. 13/1999 lautet: Künstlervermittlung (1) Das
Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen hat auf Antrag nach
Anhörung der gesetzlichen Interessenvertretungen und der
kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen der Arbeitgeber und
der Arbeitnehmer die Ausübung der entgeltlichen Arbeitsvermittlung
zur Bewilligung für die 1. ... 2. ... 3. Bühnenvermittlung, das
ist die Vermittlung von Personen, die bühnenkünstlerische
Leistungen erbringen, 4. ... 5. ... Der Begriff Arbeitsvermittlung
ist im § 2 Abs 1 AMFG wie folgt definiert: Arbeitsvermittlung im
Sinne dieses Bundesgesetzes ist jede Tätigkeit, die darauf
gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern (Dienstgebern) zur
Begründung von Arbeitsverhältnissen (Dienstverhältnissen) oder mit
Auftraggebern (Zwischenmeistern, Mittelspersonen) zur Begründung
von Heimarbeitsverhältnissen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes

1960, BGBl Nr. 105/1961, zusammenzuführen, es sei denn, dass diese Tätigkeit nur gelegentlich und unentgeltlich oder auf Einzelfälle beschränkt ausgeübt wird. Unter dem Begriff Arbeitsvermittlung fällt auch die Vermittlung von Arbeitssuchenden und von Au-pair-Kräften von Österreich in das Ausland und vom Ausland nach Österreich. Absatz 4 dieses Paragraphen lautet: Als Tätigkeit im Sinne des Abs 1 gilt auch die Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte, sofern der Überlasser nicht die Pflichten des Arbeitgebers trägt. Nach § 4 Abs 3 Z 9 AuslBG darf die Beschäftigungsbewilligung nur erteilt werden, wenn die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung nicht auf Grund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz unerlaubten Arbeitsvermittlung zu Stande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen. Bachler, Ausländerbeschäftigung (1995) (62) führt zur Abgrenzung zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung Folgendes aus: § 9 Abs 4 AMFG (nunmehr: § 2 Abs 4 AMFG) verpflichtet den Überlasser im Verhältnis zur Arbeitskraft zur Übernahme aller Arbeitgeberpflichten (der Gesetzgeber nimmt keine Konkretisierung einzelner Pflichten vor, weshalb davon auszugehen ist, dass sämtliche Pflichten gemeint sind). Die Bestimmung verliert durch das AÜG zwar an eigenständiger Bedeutung, die vom Geltungsbereich des AÜG ausgenommenen Überlassungen sollen jedoch bei Verletzungen der Arbeitgeberpflichten jedenfalls dem Vermittlungsverbot unterliegen. In diesem Zusammenhang ist auf § 10 AÜG und auf die unzulässigen Abreden des § 11 Abs 2 AÜG hinzuweisen. Unter den Arbeitgeberpflichten sind insbesondere die im ABGB genannten, in jeweils für die betreffende AN-Gruppe ergangenen Spezialvorschriften näher ausgeführten Pflichten zur Entrichtung des Entgelts ..., Vorschussleistung ..., Entgeltfortzahlung im Krankheits- und Unglücksfall des AN, Entschädigungspflicht bei Leistungsbereitschaft des AN und Verhinderung der Leistungserbringung aus Umständen, die auf Seite des Dienstgebers liegen ..., hervorzuheben. Zu den Fürsorgepflichten zählen unter anderem die Rechtspflichten aus der Sozialversicherung. Nach dem Katalog dieser Pflichten hatte der Berufungswerber an die Tänzerin die Gage von ? 52,00 täglich zu bezahlen, er hat aber die Versicherungsprämien nach den Sachverhaltsfeststellungen nur

vorgestreckt und später gegenverrechnet. Darüber hinaus hat die Tänzerin im Falle einer Krankheit von ihm kein Geld bekommen. Wie Bachler, a.a.O., 64, weiter ausführte, indizieren vertragliche und außervertragliche Abmachungen und Absprachen, die Arbeitgeberpflichten abbedingen, das Vorliegen von Arbeitsvermittlung. Die Abgrenzung zur Arbeitskräfteüberlassung erfolgt nach § 9 Abs 4 AMFG (nunmehr § 2 Abs 4 AMFG) allein dadurch, dass der Überlasser, wie bereits erwähnt, sämtliche Arbeitgeberpflichten übernimmt. Ist das der Fall, besteht zwischen ihm und dem AN ein Arbeitsverhältnis. Wurden hingegen Arbeitgeberpflichten abbedungen, liegt ein Hinweis auf eine Stellenvermittlung vor. Da der Berufungswerber die Kosten der Kranken- und Unfallversicherung auch nicht zum Teil getragen hat und im Krankheitsfall keine Entgeltfortzahlung leistete, und somit nicht sämtliche Arbeitgeberpflichten übernommen hat, lag in der Vermittlung der Tänzerin an H K keine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs 4 AÜG, weshalb nicht gesagt werden kann, er hätte A M in einem Arbeitsverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt und an den Veranstalter überlassen. In Stattgebung der Berufung ist daher das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren nach § 45 Abs 1 Z 2 VStG einzustellen.

Schlagworte

Arbeitskräfteüberlassung Arbeitsvermittlung Überlasser Vermittler Abbedingung Arbeitgeberpflichten Strafbarkeit

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at