

TE UVS Wien 2005/11/16 07/A/36/6487/2005

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.11.2005

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Fritz über die Berufungen 1) der (am 28.8.1940 geborenen) Frau Ingeborg R und 2) der W-Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch Rechtsanwältin, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2. Bezirk, vom 21.7.2005, Zl. MBA 2 - S 1860/05, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird den Berufungen keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Sitz der W-Gesellschaft m.b.H. mit "Wien, O-straße" zu ergänzen ist, der Ausländer im Irish Pub beschäftigt wurde und das AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2004 anzuwenden ist. Die erstgenannte Berufungswerberin (Frau Ingeborg R) hat daher gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 200,-- Euro, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen.

Text

Frau Ingeborg R (die Erstberufungswerberin; in der Folge kurz: Bw) ist unbestrittenermaßen handelsrechtliche Geschäftsführerin der W-Gesellschaft m.b.H. (die Zweitberufungswerberin; in der Folge kurz: GmbH), die zur fraglichen Zeit in Wien, O-straße ? neben dem Restaurant ?Z" ? ein Irish Pub betrieben hat.

Aufgrund einer Anzeige des Zollamtes Wien erließ der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2. Bezirk, nach Anhörung der Bw das nunmehr vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien angefochtene Straferkenntnis vom 21.7.2005, mit welchem die Bw schuldig erkannt wurde, sie habe es als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der GmbH zu

verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in Wien am 17.3.2005 um 23:30 Uhr in ihrem Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart Restaurant in Wien, O-straße, den polnischen Staatsangehörigen Krzysztof K, geboren am 21.10.1977 (in der Folge kurz: K.) mit dem Ausräumen des Geschirrspülers beschäftigt habe, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft oder Entsendebewilligung oder die Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs 5 oder die EU-Entsendebestätigung erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeiterlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Die Bw habe dadurch § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, idgF (AuslBG) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über die Bw gemäß § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz leg cit eine Geldstrafe von 1.000,-- Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche, drei Stunden, verhängt. Gleichzeitig wurden die von der Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 100,-- Euro bestimmt.

In ihrer dagegen innerhalb offener Frist erhobenen Berufung brachte die Bw im Wesentlichen vor, sie bestreite grundsätzlich nicht, dass die Möglichkeit bestanden habe, dass Herr K. (von diesem sei ihr bis zum Zeitpunkt der

Zustellung des Straferkenntnisses lediglich der Vorname Kris bekannt gewesen) den Geschirrspüler ausgeräumt bzw. auch eingeräumt habe. Dieser Ausländer sei Mitglied des im Pub C etablierten

Darts-Clubs, es sei von ihr auch dessen Beitrittserklärung vorgelegt worden, aus welcher sich ergebe, dass der junge Mann bereits seit mehr als einem Jahr Mitglied des Darts-Clubs sei. Es könne als amtsbekannt vorausgesetzt werden, dass Darts-Clubs regelmäßige Treffen in ihren Clublokalen abhalten. Es sei sohin davon auszugehen, dass die Geschäftsführerin des Lokales den jungen Mann als Mitglied des Darts-Clubs kenne und sie auch glaubwürdig habe darlegen können, dass die Mitglieder des Darts-Clubs auch schon Freunde des Hauses seien, die den Hausbrauch kennen und sohin allesamt hie und da, ob In- oder Ausländer, kleine Hilfsdienste leisten, wie Tisch abwischen, Gläser wegstellen etc., wenn Not am Mann sei. Sie habe auch schon dargelegt, dass sie deshalb lediglich alleine im Lokal sei, unter gelegentlicher Mithilfe

ihres Schwiegersohnes, weil der Betrieb durch die große U-Bahn-Baustelle T-straße/O-straße für Passanten fast ?unsichtbar" sei und daher der Geschäftsbetrieb keine Angestellten, ja nicht einmal Hilfskräfte gestatte. Sie habe auch schon dargelegt, dass am 17.3.2005 St. Patricks Day gewesen sei und dieser Tag im Irish Pub auch mit den Mitgliedern des Darts-Clubs gefeiert werde. Zu diesem Zeitpunkt sei das Lokal sehr gut besucht gewesen. Wenn nun ein junger Mann aus dem Geschirrspüler Gläser nehme, um der ihm gekannten Gastwirtin behilflich zu sein, so könne hieraus keine Arbeitstätigkeit abgeleitet werden. Die Beamten des KIAB hätten nicht dargelegt, ob der junge Mann Kellnerkleidung getragen habe oder lediglich mit Jean und Hemd bekleidet gewesen sei etc.. Sie hätten auch nicht darlegen können, ob sie ihn auf Deutsch oder auf Polnisch befragt hätten, die Vorlage von Formblättern allein sei sicherlich nicht ausreichend, noch dazu in einem voll besetzten Lokal zu fortgeschrittener Stunde, wobei für den betroffenen polnischen Staatsbürger durch diese ?Razzia" auch eine psychische Ausnahmesituation geschaffen worden sei, in der er die getätigten Vorhalte offensichtlich auch nicht richtig verstanden gehabt habe.

Es mag wohl sein, dass sie am St. Patricks Day den Mitgliedern des Darts-Clubs ein Gratis-Bier spendiere, doch könne nicht tatsächlich angenommen werden, dass dies als Entgelt für das Abstellen von Gläsern oder als Entgelt für das Ausräumen von Gläsern gedacht sei und sozusagen hierdurch eine entgeltliche Tätigkeit iSd AuslBG geschaffen werde. Den Schlussfolgerungen der Erstbehörde zu folgen, hieße nichts anderes, als dass ein Gastwirt einem Stammgast nicht einmal mehr ein Glas Bier, Glas Wein oder ein Gläschen Schnaps offerieren könne und der Gast dafür nicht einen vollen Aschenbecher vom Tisch nehmen bzw. einen Tisch mit einer Serviette abwischen könne. Diese Auslegungen würden den Rahmen des Gesetzes sprengen, wenn hierin eine Beschäftigung gesehen werde. Die Bw betreibe das Gastgewerbe bereits seit mehr als 20 Jahren und weise keinerlei einschlägige Strafe auf. Es könne auch als amtsbekannt vorausgesetzt werden, dass vor allem in kleineren Lokalen (in sogenannten Beisln oder Pubs) zwischen Stammgästen und Wirt ein nahezu freundschaftliches Verhältnis herrsche, sodass es auch oft vorkomme, dass Gäste vom Gastwirt zu einer ?Runde" eingeladen würden, wohingegen diese Gäste dann wiederum dem Gastwirt beim Zusperrern und Aufräumen des Lokales ein wenig behilflich seien; daraus eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit zu schließen, sei absolut lebensfremd. Überdies hätten die erhebenden Beamten nicht angeführt, ob der polnische Staatsbürger eventuell andere Tätigkeiten ausgeführt habe bzw. mit solchen beauftragt gewesen sei bzw. für wie viel Stunden er beschäftigt gewesen sei etc.. Es werde daher die ergänzende Einvernahme der Geschäftsführerin sowie des Herrn K. beantragt (weitere Beweise sowie die Einvernahme von am Vorfallstag anwesenden Clubmitgliedern werden ausdrücklich vorbehalten). Da eine auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu qualifizierende Tätigkeit nach ihrer Ansicht nicht festgestellt sei, der junge Mann habe sich eindeutig als Gast im Lokal aufgehalten, werde daher die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt (in eventu werde die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens ?wegen Geringfügigkeit" beantragt).

Es wurde dann von der Berufungsbehörde (im Lichte jüngster Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, z.B. das Erkenntnis vom 17.12.2004, Zl. 2003/03/0231) die Zustellung einer Ausfertigung des Straferkenntnisses an die GmbH über die Erstbehörde veranlasst. Mit Schriftsatz vom 21.9.2005 hat die GmbH (ebenfalls vertreten durch Rechtsanwältin Dr. We) gegen das Straferkenntnis Berufung erhoben (und dabei im Wesentlichen auf den Berufungsschriftsatz der Bw verwiesen). Es wurde noch angeführt, dass am 17.3.2005 im Irish Pub ein Fest des Darts-Clubs zum St. Patricks-Day stattgefunden habe, anlässlich dessen unbestrittenerweise eines der Clubmitglieder, nämlich der polnische Staatsbürger ?Kris" der Geschäftsführerin der GmbH behilflich gewesen sei, wie vielleicht auch noch andere Clubmitglieder, Gläser aus dem Geschirrspüler auszuräumen oder vielleicht auch einzuräumen. Eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit könne darin selbst bei striktester Gesetzesauslegung nicht gesehen werden. Die

Berufung der Bw war dem Zollamt Wien mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt worden. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien holte im Zuge des Berufungsverfahrens Auskünfte verschiedener Stellen ein (Meldeanfragen, Anfragen bei der Wiener Gebietskrankenkasse) und führte am 17.10.2005 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Bw, die in Begleitung von Frau Dr. We als ihrer Rechtsvertreterin (und als Vertreterin der GmbH) erschienen war, und Frau Br als Vertreterin des Zollamtes Wien teilnahmen und in der Otmar W, Andreas De und K. als Zeugen einvernommen wurden. Die Bw gab bei ihrer Einvernahme als Beschuldigte Folgendes an:

Die W-Gesellschaft m.b.H. (in der Folge kurz: GmbH) betreibt ein Irish-Pub an der gegenständlichen Örtlichkeit und gibt es dort Speisen und Getränke. Die Speisen kommen aus dem Restaurant "Z". Diese Speisen werden dann von jemanden von uns geholt. Dieses Restaurant wird auch von der gegenständlichen GmbH betrieben. An der gleichen Adresse wird von der GmbH ein Restaurant und ein Irish-Pub betrieben. Das Irish-Pub ist täglich außer Sonntag von 18:00 bis 02:00 Uhr geöffnet. Das Restaurant ist Montag bis Samstag von 08:00 bis 23:00 Uhr und am Sonntag von 09:00 bis 15:00 Uhr geöffnet. Ich bin dort bei beiden Lokalen die Chefin.

Mein Schwiegersohn Otmar W arbeitet in den Lokalen mit, und zwar je nachdem wo Bedarf ist. Ebenso meine Enkeltochter, Judit W. Im Pub arbeiten mein Schwiegersohn, meine Enkeltochter oder ich und sind wir jeder auch nicht durchgehend im Pub, wie es eben rennt. Im Restaurant sind mehr Beschäftigte. Dort ist auch ein Küchenbetrieb.

Der 17.3.2005 war St. Patrick's Day. Dort war einmal viel los. Wir sind wegen der U-Bahnbaustelle froh, wenn einmal viel los ist. Ich weiß weder, wo Herr Krzysztof K (in der Folge kurz: K.) wohnt, noch wovon er seinen Lebensunterhalt bestreitet. Ich weiß, was er studiert, Musik. Ich glaube er studiert Chello. Ich weiß, dass er schon etliche Jahre in Österreich ist. Er hat früher im 3. Bezirk gewohnt. Wie er in den 2. Bezirk gewechselt ist, ist er ins Pub gekommen und hat sich dort dem Darts-Club angeschlossen. Es ist dort ein Mitgliedsbeitrag zu zahlen, ich weiß aber nicht wie viel. Mein Schwiegersohn ist mehr in der Dartsszene verankert. Am fraglichen Tag waren mein Schwiegersohn und ich im Pub. Beim Pub ist es üblich, dass die Leute ihre Getränke von der Schank holen und die Gläser auch wieder zurückbringen. Teilweise leeren sie sich auch die Aschenbecher aus. Es war damals viel los und haben wir fast keine Gläser mehr gehabt. Ich weiß heute nicht mehr, ob ich ihn gerufen habe, oder er von selbst gekommen ist. Ich meine, dass ich gerufen habe, wer Zeit hat.

Wenn auf dem Personenblatt angegeben ist, dass er Guinness und Whiskey bekomme, so gebe ich an, das ist ein Blödsinn. Er hat seine Getränke immer bezahlt, außer wenn das Haus einmal etwas ausgibt. Kris ist zwei- bis dreimal in der Woche im Lokal, hauptsächlich Dienstag und Donnerstag.

Herr W war bei der Kontrolle auch dabei. Die Enkeltochter war auch im Lokal. Ich habe mit den Herrschaften gesprochen. Ich weiß wirklich nicht mehr, mit wem ich gesprochen habe. Ich bin in Bezug auf Herrn K. gefragt worden, ob dieser hier arbeitet und habe ich nein gesagt. Die Leute vom Club helfen alle mit, wenn irgendetwas ist. Vielleicht haben wir es auch deshalb geschafft, dass wir niemanden zusätzlich einstellen brauchen.

Über Vorhalt der Namen bei der Auskunft der Gebietskrankenkasse, gebe ich an, dass außer der Enkeltochter und dem Schwiegersohn keiner im Pub gearbeitet hat. Vom Restaurant gelangt man über den Hausflur ins Pub. Im Restaurant arbeitet nur jeweils ein Kellner.

Über Befragen der BwV:

Das Pub hat maximal 30 Sitzplätze. Ich glaube es sind gar nicht einmal so viele Sitzplätze, weil es sind ja dort sechs Dartsanlagen."

Herr Andreas De machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

Aufgrund einer MDKS (Magistrat für Sofortmaßnahmen) Aktion haben wir eine Kontrolle durchgeführt. Es war dies eine Aktion im Bezirk. Ich habe zuerst mit Frau Se das Lokal betreten und die anderen Beamten sind nachgekommen. Ich bin gleich weiter rechts in den Raum zur Theke gegangen und war dort der in der Anzeige erwähnte Ausländer, den wir beim Ausräumen vom Geschirrspüler gesehen haben. Dieser ist hinter der Theke beim Geschirrspüler gestanden. Er hat die Gläser vom Geschirrspüler ins Regal geräumt. Ich habe mich ausgewiesen, es waren glaublich zwei oder drei Leute hinter der Bar, wer genau weiß ich jetzt nicht mehr. Herr K. hat ein Personenblatt vorgelegt erhalten. Ich glaube, es war eine Verständigung mit ein bisserl englisch und deutsch möglich. Das Personenblatt ist das auf AS 4. Ich habe glaublich mit einer Frau gesprochen, ich weiß es aber nicht mehr genau. Ich weiß nicht, ob es die heute anwesende Bw

gewesen ist. Auch der heute anwesende Zeuge W sagt mir heute nichts mehr. Herr K. hatte kurz geschorene Haare und einen aufgemalten Lorbeerkranz. Er sagte, es sei der St. Patrick's Day. Er sagte, er helfe ein bisschen aus und bekomme dafür Trinken. Das Lokal war ziemlich voll. Wir Kontrollorgane sind dann wieder gegangen.

Über Befragen der BwV:

Die Kontrolle hat ca. 15 bis 30 Minuten gedauert. Ich habe mit einer Person, die hinter der Bar gestanden ist, gesprochen, dies auf die Frage, ob ich nach einer verantwortlichen Person mich umgeschaut hätte. Ich weiß heute nicht mehr, was mit dieser Person gesprochen worden ist, ich habe mich aber ausgewiesen. Ich habe noch einen Kellner gesehen und eben die zwei Personen hinter der Bar."

Herr Otmar W gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

"Ich bin bei der GmbH Prokurist. Ich mache weniger Bürotätigkeiten, sondern arbeite ich in den Lokalen mit, und zwar dort, wo ich gebraucht werde. In der Küche arbeite ich nicht, sondern im Ausschank oder als Kellner. Ich spiele im Darts-Club nur mit. Der Mitgliedsbeitrag ist 20,- Euro im Jahr. Es gibt ca. 40 bis 50 Mitglieder. Es wird an drei Tagen in der Woche gespielt, nämlich am Montag, Dienstag und Donnerstag. Die Beginnzeiten sind unbestimmt, außer am Donnerstag, da beginnt es um 19:30 Uhr. Vom Gesicht her kenne ich Herrn K.. Ich weiß nicht, was er in Österreich macht. Ich kenne den Herrn nur vom Vornamen her mit Kris. Soviel ich weiß ist er Pole/Ire. Er studiert Musik. Ich weiß nicht,

welche Richtung er studiert. Ich unterhalte mich mit ihm auf Englisch und ein bisschen deutsch. Er ist verheiratet und lebt seine Frau auch hier in Österreich. Ich glaube, diese studiert ebenfalls. Ich weiß nicht, aus welchem Land diese kommt. Ob er irgendwelche Verdienstmöglichkeiten hat, weiß ich nicht. Am fraglichen Tag habe ich auch im Lokal gearbeitet. Ich war bei der Kontrolle auch dabei. Als die Kontrolle gekommen ist, hat Herr K. Gläser von einem Tisch zurückgebracht. Er hat die Gläser in den Geschirrspüler gegeben, weil ich es ihm gesagt habe. Er hat keine Gratisgetränke bekommen. Er hat seine Getränke immer bezahlt. Er hat im Lokal zur Unterhaltung der Leute keine Funktion gehabt. Ich bin im Zuge der Kontrolle von den Kontrollorganen nicht zu Herrn K. befragt worden. Ich habe mich ganz einfach ausgewiesen. Es war an diesem Tag viel zu tun.

Über Vorhalt des Personenblattes zur Dauer der Tätigkeit gebe ich an, er hat die Tätigkeit mit den Gläsern nicht länger ausgeführt, sondern nur die erwähnten Gläser gebracht. Mir sind die Gläser ausgegangen und habe ich dem Nächstbesten gesagt, er solle die Gläser bringen. Am fraglichen Tag waren meine Schwiegermutter und ich im Lokal tätig. Die Tochter war auch im Lokal, dies auf die Frage, ob sonst noch jemand mitgearbeitet hat, insbesondere die Enkelin der Bw. Meine Tochter Judit ist halbtags angemeldet.

Über Befragen der Vertreterin des Zollamtes:

Normalerweise gibt es bei uns keine Livemusik. Zu Halloween und am St. Patrick's Day gibt es Livemusik. Am Kontrolltag gab es bei uns Livemusik. Herr K. war bei der Musik nicht beteiligt. Wir haben eine Kapelle gehabt."

Herr K. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

"Ich bin seit September 2000 in Österreich. Ich studiere hier. Ich studiere Musik. Ich studiere Jazz-Musik, ich habe zunächst in Graz studiert. Seit 2002 oder 2003 bin ich in Wien. In Graz habe ich mein Studium nicht abgeschlossen, es hat mir dort nicht besonders gefallen. Hier hat es ein solches Fach wie in Graz nicht gegeben. Ich bin im Hauptfach im 7. Semester angemeldet. Ich habe jetzt noch die musikpädagogischen Sachen zu machen. Ich bin mit einer Polin verheiratet und studiert diese auch. Ich bin Musiker und spiele

ich relativ viel, meine Frau auch, dies auf die Frage, wie ich meinen

Lebensunterhalt bestreite. Wenn wir finanzielle Schwierigkeiten haben, dann hilft uns die Mutter meiner Gattin in Polen. Diese ist Direktorin eines Amtes, das Bewilligungen für Gebäude gibt. Sie schätzt auch die Kosten bei Verkäufen von Immobilien. (Die BwV wirft ein, die Frau des Zeugen sei Bühnenbildnerin und habe er ihr das vor der Verhandlung gesagt.)

Fortsetzung der Zeugeneinvernahme:

Ich war zweimal in der Woche im gegenständlichen Lokal. Nicht wirklich regelmäßig, ich habe mit Freunden Darts gespielt. Ich war dort nicht im Verein dabei. Ich habe mich kurz angemeldet, ich war aber nicht aktiv dabei. Ich habe gläublich einen Mitgliedsbeitrag bezahlt, kann mich aber nicht erinnern.

Ich war am fraglichen Tag zuerst in anderen Irischen Lokalen und bin dann gegen 20:00 Uhr ins gegenständliche Lokal gekommen. Es war sehr viel los. Ich kann mich noch an eine Kontrolle erinnern. Ich war hinter der Bar und habe Zigaretten geraucht, als die Kontrolle gekommen ist. Ich habe hinter der Theke mit Otmar gesprochen. Er hat mir bei vielen geholfen, beim Transport in die neue Wohnung, sonst hätte ich 100erte Euro zahlen müssen. Ich habe gesehen, wie viel los ist und konnte er es nicht mehr schaffen und habe ich ihm geholfen. Es gab 100te Gläser auf den Tischen und habe ich diese geholt. Die Bw war nicht die ganze Zeit an diesem Tag im Lokal anwesend. Normalerweise arbeitet auch Judit dort, ob diese am fraglichen Tag auch dort war, weiß ich nicht. Über Vorhalt der Anzeigeangaben, wonach ich beim Ausräumen des Geschirrspülers beobachtet worden sei, gebe ich an, naja ich habe ihm geholfen, ich habe gesehen, dass er sehr viel zu tun hat. Ich habe auch ein Personenblatt ausgefüllt, AS 4. Wenn ich dort Entertaining angegeben habe, dann meinte ich, ich sei schon ein bisschen betrunken. Wenn ich als Beispiel Guinness und Whiskey angegeben habe, so habe ich nichts erwartet.

Auf die Frage, warum ich dies angekreuzt und die Zusätze gemacht habe, gebe ich an, ich weiß das nicht.

Wenn mir meine Angaben bei "Beschäftigt seit" vorgehalten werden, so gebe ich an, das ist wahrscheinlich die Zeit, wo die Kontrolle begonnen hat.

Ich weiß heute nicht mehr, wie lange ich am fraglichen Tag Herrn Otmar geholfen habe. Es war schon gegen 19:00 Uhr sehr viel los und habe ich dann dort begonnen zu helfen.

Ich spiele Saxophon und Querflöte. Wenn ich auftrete, dann spiele ich manchmal alleine und manchmal in der Gruppe.

Es gab an diesem Abend glaublich Musik. Ich habe dazu aber keine Ahnung.

Über Befragen der BwV:

Ich habe gegen 15:00 Uhr begonnen, durch die Lokale zu gehen. Ich habe überall getrunken. Ich kann nicht mehr genau sagen, wann ich in das gegenständliche Pub gekommen bin, aber so gegen 20:00 Uhr. Ich habe da schon getrunken gehabt. Ich bin fortgegangen, um mich zu amüsieren.

Haben sie praktisch aus Freundschaft von Herrn Otmar was zu trinken bekommen?

Nein.

Oder haben sie dafür bezahlt?

Ich habe von ein paar Leuten Getränke bekommen und habe ein paar Leute eingeladen.

Wie ist es dazu gekommen, dass sie Gläser getragen, eingeräumt oder ausgeräumt haben, was auch immer?

Otmar borgte mir für die Renovierung der Wohnung viele Werkzeuge aus und ich bin in das Lokal gekommen und sehe ihn, dass er Schwierigkeiten hat und habe ich ihm dann geholfen. Die Chefin war von Zeit zu Zeit da. Normalerweise ist die Chefin nicht im Lokal. Von Zeit zu Zeit kommt sie und dann geht sie wieder. Wir haben uns damals dort getroffen.

Haben sie schon an irgendeinem anderen Tag dort etwas gemacht?

Nichts besonderes. Es war mein Stammlokal und holen dort viele Gäste die Getränke und bringen die Aschenbecher, wenn sie einen frischen wollen. In einem Irischen Pub gibt es normalerweise Selbstbedienung. Jeden Donnerstag ist viel los.

Über Befragen der Vertreterin des Zollamtes:

Ich kann mich nicht erinnern, dass ich Judit dort gesehen hätte. Früher und nachher habe ich sie dort gesehen. Ich habe sie mehrmals dort gesehen."

In ihren Schlusssausführungen wies die Vertreterin des Zollamtes darauf hin, sie gehe von einer aushilfsweisen Tätigkeit aus und halte den Strafantrag aufrecht. Die BwV gab an, es habe keine Tätigkeit festgestellt werden können, das Abstellen von Gläsern sei keine Tätigkeit, die als Arbeitstätigkeit qualifiziert werden könnte.

Wie der Zeuge ausgeführt habe, sei dies in Irish Pubs durchaus üblich, dass sich die Gäste selbst bedienen dürften und da sei es inkludiert, dass man die Gläser selbst zurückstelle. Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung des Berufungsbescheides.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 136/2004 ? ausgehend von der maßgeblichen Tatzeit ? lauten:

Gemäß § 3 Abs 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

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

Wird ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist gemäß § 28 Abs 7 AuslBG das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt. Für die Einhaltung der Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, deren Übertretung der Bw (als dem nach § 9 Abs 1 VStG verantwortlichen Organ der GmbH) angelastet wird, ist nach den Bestimmungen dieses Gesetzes der Arbeitgeber und nur dieser (verwaltungsstrafrechtlich) haftbar (vgl. z. B. das Erkenntnis des VwGH vom 24.3.2004, Zl. 2003/09/0146). Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Bw als die für die Vertretung der GmbH nach außen Berufene gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich für dieses Unternehmen einzustehen hat. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens und der dabei erhobenen Beweisergebnisse nimmt es der Unabhängige Verwaltungssenat Wien als erwiesen an, dass am 17.3.2005 der polnische Staatsbürger K., für den keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorgelegen ist, in dem genannten Irish Pub vom Unternehmen der Bw beschäftigt worden ist und diese Verwendung des Ausländers nach dem AuslBG bewilligungspflichtig gewesen ist.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige des Zollamtes Wien (vom 15.4.2005) zugrunde, wonach aufgrund einer MDKS-Aktion das Irish Pub in Wien, O-straße, kontrolliert worden sei. Beim Betreten des Lokales sei der polnische Staatsbürger K. beim Ausräumen des Geschirrspülers beobachtet worden. Da Herr K. keine arbeitsmarktbehördliche Genehmigung habe vorweisen können, sei ihm ein mehrsprachiges Personenblatt vorgelegt worden, auf welchem er angegeben habe, nur am 17.3.2005 seit 22:20 Uhr im Betrieb tätig zu sein; die Bezahlung erfolge in Naturalien, in Form von Bier und Whiskey. Der Anzeige des Zollamtes Wien war ein ? vom polnischen Staatsbürger K. ausgefülltes und unterschriebenes ? Personenblatt angeschlossen (als Kontrollzeit scheint: 17.3.2005, 23:33 Uhr auf), in welchem er angab (Anmerkung: das Personenblatt ist auch in Englisch gehalten), derzeit für das Irish Pub zu arbeiten, seit 22:20 Uhr beschäftigt zu sein, und Guinness und Whiskey zu erhalten. Bei der Rubrik tägliche Arbeitszeit gab er an ?just today" (also nur heute). Bei der Rubrik ?Beschäftigt als" hatte Herr K. angegeben ?sorting off the glasses, entertaining people". Bei den ?amtlichen Vermerken" ist vom Kontrollorgan darauf hingewiesen worden, dass Herr K. Straßenkleidung getragen habe und beim Ausräumen des Geschirrspülers beobachtet worden sei.

Zur Rechtfertigung aufgefordert, brachte die Bw in ihrer schriftlichen

Stellungnahme vom 24.5.2005 vor, Herr K., dessen Familiennamen sie erst durch diese Anschuldigung erfahren habe, sei Stammgast und Vereinsmitglied des im Irish Pub ansässigen Darts-Clubs (sie legte auch eine Kopie der Beitrittserklärung vor). Am Kontrolltag sei

St. Patricks Day und das Lokal gesteckt voll gewesen. Ihr Schwiegersohn, Otmar W, und sie hätten die Gäste bedient. Einige ihrer Vereinsmitglieder (sie zählten schon zu ihren Freunden) hätten, wie dies in Pubs so üblich sei, Getränke für sich und ihre Freunde selbst geholt und auch die leeren Gläser sowie volle Aschenbecher wieder zurückgebracht. Schmutzige Gläser gehörten, der Ordnung halber und besonders, wenn einmal so viel zu tun sei, in den Geschirrspüler. Für ihre Freunde sei dies keine Tätigkeit, sondern eine Stresserleichterung für sie. Nachdem sie keine sauberen Gläser mehr gehabt hätten, sei Kris so nett gewesen und habe den Geschirrspüler ausgeräumt. Nie im Leben wäre sie auf die Idee gekommen, dass man dies als Tätigkeit auslegen könnte. Noch dazu wäre sie auch nie darauf gekommen, für diesen Freundschaftsdienst eine finanzielle Gegenleistung zu erbringen. Sie hoffe, mit dieser Darstellung die Sachlage ausreichend geklärt zu haben und dass die Angelegenheit somit erledigt sei.

Eine Anfrage bei der Wiener Gebietskrankenkasse hat ergeben, dass Herr K. zur fraglichen Zeit nicht zur Sozialversicherung gemeldet gewesen ist. Von der GmbH waren neben Herrn Otmar W und der Bw noch zehn weitere Personen zur Sozialversicherung gemeldet. In dem an die Bw ergangenen Ladungsbescheid vom 27.9.2005 wurde sie aufgefordert, binnen einer Woche den damaligen Dienstplan zu übermitteln oder binnen selbiger Frist bekannt zu geben, wer am Tag im Lokal gearbeitet habe (auf diese Aufforderung wurde ohne Angabe von Gründen nicht reagiert). Festzuhalten ist auch, dass die Bw (neben dem Antrag auf ihre Einvernahme und Einvernahme des Herrn K.) wohl davon gesprochen hat, dass die Einvernahme von am Vorfallstag anwesenden Clubmitgliedern ausdrücklich vorbehalten werde, sie hat aber im gesamten weiteren Verfahren keine Namen (und ladungsfähige Adressen) von Personen angegeben, die bestätigen könnten, dass Herr K. zur fraglichen Zeit im gegenständlichen Irish Pub nicht ? gearbeitet" hätte.

Anzumerken ist, dass die Bw in ihrer Eingabe vom 24.5.2005 erklärt hatte, ihr Schwiegersohn und sie hätten die Gäste bedient (davon, dass von den angemeldeten Arbeitskräften am Kontrolltag noch jemand im Irish Pub gearbeitet hätte, ist in diesem Schreiben nicht die Rede). Auch in der Berufung machte die Bw keine Angaben in dieser Richtung (also zu sonstigem, am Tag im Irish Pub tätigen Personal). Sie wies darauf hin, dass von den Mitgliedern des Darts-Clubs kleine Hilfsdienste geleistet würden, wenn Not am Mann sei. Sie hat auch schon in ihrer Eingabe vom 24.5.2005 ganz allgemein davon gesprochen, dass einige der Vereinsmitglieder (sie zählten schon zu ihren Freunden), wie dies in Pubs so üblich sei, die Getränke für sich und Freunde selbst holten und die leeren Gläser und Aschenbecher zurückbringen würden. Schmutzige Gläser gehörten in den Geschirrspüler. Es sei dies keine Tätigkeit für ihre Freunde, sondern Stresserleichterung für sie. Nachdem sie keine sauberen Gläser mehr gehabt hätten, sei Herr K. so nett gewesen und habe den Geschirrspüler ausgeräumt. Sie bezeichnete dies als "Freundschaftsdienst".

In der Berufung hat die Bw dann davon gesprochen, dass sie den jungen Mann (Herrn K.) kenne, weil er Mitglied des Darts-Clubs sei. Sie hat auch darauf hingewiesen, dass der normale Geschäftsbetrieb keine Angestellten (nicht einmal Hilfskräfte) gestatte. Am fraglichen Tag sei das Lokal sehr gut besucht gewesen. Wenn nun ein junger Mann aus dem Geschirrspüler Gläser nehme und der ihm bekannten Gastwirtin behilflich sei, so könne ihrer Meinung nach keine Arbeitstätigkeit daraus abgeleitet werden. Es sei für Herrn K. durch diese "Razzia" eine psychische Ausnahmesituation geschaffen worden und habe dieser die getätigten Vorhalte offensichtlich auch nicht richtig verstanden. Auch von der Möglichkeit, dass sie ein Gratis-Bier spendiert habe, war in der Berufung die Rede. Abgesehen von allgemein gehaltenen Ausführungen kann den Angaben der Bw (weder in ihren Schriftsätzen; und schon gar nicht bei ihrer persönlichen Einvernahme in der mündlichen Verhandlung) nicht entnommen werden, dass sie persönlich tatsächlich mit Herrn K. befreundet (gewesen) wäre. In der mündlichen Verhandlung hat die Bw erstmals ihre Enkeltochter (Judith W) erwähnt, die auch im Pub mitarbeite.

Über Nachfrage wusste die Bw dann weder, wo Herr K. wohne, noch, wovon er seinen Lebensunterhalt bestreite. In ihren Eingaben hatte sie ja auch zuvor erklärt gehabt, sie habe "vor Erhalt der Aufforderung zur Rechtfertigung" nur den Vornamen "Kris" des Ausländers gekannt. Sie erklärte dann noch, sie wisse, dass er Musik studiere (glaublich Chello). Hierzu ist anzumerken, dass Herr K. nach seiner eigenen Angabe Saxophon und Querflöte spiele (dass er "Chello studiere", ist im Verfahren nicht hervorgekommen). Auch dass Herr K. sich dem Darts-Club angeschlossen hätte, gab die Bw an. Sie hatte "zur Untermauerung der Mitgliedschaft des Herrn K. zum Darts-Club" auch dessen Beitrittserklärung (datiert mit 27.4.2004) im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegt gehabt. Es ist schon an dieser Stelle

darauf hinzuweisen, dass Herr K. ? über Nachfrage ? zwar angab, im Lokal regelmäßig Darts gespielt zu haben, im Verein sei er aber nicht dabei gewesen. Er hat diese Angabe in die Richtung präzisiert, dass er sich kurz angemeldet habe, aber nicht aktiv dabei gewesen sei. Er habe glaublich einen Mitgliedsbeitrag bezahlt, er könne sich aber nicht erinnern. Wenn man nun bedenkt, dass die Bw keinerlei näheren Kenntnisse über die persönlichen Verhältnisse des Herrn K. gehabt hat, ihre Behauptung von dessen Mitgliedschaft im Darts-Club sich auch nur auf die Beitrittserklärung gestützt hat (sie offenbar über dessen tatsächlichen Teilnahme am Vereinsleben nichts wusste), so vermag die Berufungsbehörde nicht davon auszugehen, dass ein tatsächlich bestandenes Freundschaftsverhältnis zwischen der Bw und Herrn K. ausschlaggebend dafür gewesen ist, dass dieser am Kontrolltag ? wenngleich auch nur für kurze Zeit ? Hilfstätigkeiten verrichtet hat, weil eben im Lokal viel los gewesen ist. Die Bw vermochte somit eine freundschaftliche Bande zwischen ihr und Herrn K. nicht darzulegen (und geht dies auch aus den Aussagen des Herrn K. und Herrn W nicht hervor), mehrmalige Kontakte (bzw. der Umstand, dass sie diesen als Gast des Irish Pub kennt) reichen für die Annahme eines besonderen Naheverhältnisses nicht aus. Es bestand daher auch kein Grund, das Vorliegen von Gefälligkeitsdiensten anzunehmen (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2004, Zl. 2003/09/0078).

Die Bw hat dann in der mündlichen Verhandlung am 17.10.2005 abermals erwähnt, ihr Schwiegersohn und sie seien am fraglichen Tag im Pub gewesen. Auch merkte sie wiederum an, dass es in einem Pub üblich sei, dass die Leute ihre Getränke von der Schank holten und wieder zurückbrächten. An dieser Stelle ist die Bw darauf hinzuweisen, dass ihr auch gar nicht angelastet wird, dass ein Gast (hier: ein polnischer Staatsbürger) für sich (und Freunde oder Bekannte) von der Theke Getränke geholt oder leere Gläser (von dem Tisch, an dem er sitzt) wieder zur Theke zurückgebracht hat (um z.B. dann auch wieder Getränke mitzunehmen), sondern ist Herr K. zum Zeitpunkt der Kontrolle mit dem Ausräumen des Geschirrspülers (hinter der Theke) befasst gewesen ist (und hat eine solche Tätigkeit mit einer ? Selbstbedienung" und den damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten überhaupt nichts mehr zu tun). Die Bw führte dann aus, sie wisse nicht mehr, ob sie Herrn K. gerufen habe oder ob dieser von selbst gekommen sei; sie meine, dass sie gerufen habe, wer Zeit habe. Wenn auf dem Personenblatt angeführt sei, dass er Guinness und Whiskey bekomme, so sei dies ein Blödsinn. Herr K. habe seine Getränke immer bezahlt, außer wenn das Haus einmal etwas ausgabe (schon an dieser Stelle ist anzumerken, dass Herr W und Herr K. abweichende Angaben bei der Frage gemacht haben, wie es dazu gekommen ist, dass Herr K. ausgeholfen hat). Die Bw wies dann noch darauf hin, dass ihre Enkeltochter auch im Lokal gewesen sei. Was die Frage der Anwesenheit der Frau Judith W im Lokal (als Gast oder als Arbeitskraft) betrifft, so meinte Herr K., er könne sich

nicht erinnern, Judith dort gesehen zu haben. Auch Herr W wurde gefragt, ob seine Tochter (Judith W) am fraglichen Tag im Irish Pub mitgearbeitet hätte, doch antwortete er hierzu nur ausweichend "die Tochter war auch im Lokal".

Die Bw hat auch bei ihrer persönlichen Einvernahme wiederum davon gesprochen, dass die Leute vom Club mithelfen würden, wenn irgendetwas sei. Vielleicht hätten sie es auch deshalb geschafft, dass sie niemanden zusätzlich einstellen brauchten. In diesem Zusammenhang ist nur noch einmal an die Aussage des Herrn K. zu erinnern, wonach er zwar beim Verein kurz angemeldet, nicht aber aktiv dabei gewesen sei. Nach Ansicht der Berufungsbehörde versuchte die Bw mit ihrem Hinweis auf die Mitgliedschaft des Herrn K. zum Darts-Club (wobei sie dazu ohnedies nichts Näheres wusste) bloß den Eindruck zu erwecken, alle Clubmitglieder (also auch Herr K.) seien auch ihre Freunde und sei es doch klar, dass Freunde, wenn Not am Mann sei, auch kleinere Hilfsdienste leisten, wie Ein- und Ausräumen des Geschirrspülers etc..

In der mündlichen Verhandlung wurde auch der Meldungsleger (Herr De) als Zeuge gehört und wies er darauf hin, dass Herr K. hinter der Theke beim Geschirrspüler gestanden sei. Er habe die Gläser vom Geschirrspüler ins Regal geräumt. Herr K. habe ein Personenblatt vorgelegt erhalten und habe dieser gesagt, er helfe ein bisserl aus und bekomme dafür Trinken. Anzumerken ist, dass es zweckmäßig und sinnvoll wäre, dass von Seiten der Kontrollorgane, wenn Kontakt mit einem verantwortlichen Mitarbeiter des Lokales aufgenommen worden ist, dessen (deren) Name und dessen (deren) (zumindest sinngemäß gemachten) Angaben auch schriftlich festgehalten werden. Da ? bei der Vielzahl der durchzuführenden Amtshandlungen ? nicht erwartet werden kann, dass ein Kontrollorgan noch Monate später (ohne dementsprechende schriftliche Aufzeichnung) angeben kann, was konkret mit welcher Person gesprochen worden ist, ist es gerade deshalb notwendig, diesbezügliche Angaben schon in der Anzeige festzuhalten.

Die Bw hat selbst davon gesprochen, sie sei nicht einschlägig vorgemerkt und gibt es auch sonst keine Hinweise auf weitere Kontrollen in ihrem Lokal. Wenn sie dann (weil eine solche einmalige Kontrolle doch sehr prägend gewesen sein muss) nicht angeben konnte, mit wem sie (z.B. dem anwesenden Zeugen De) gesprochen haben will, so

verwundert dies schon, es ist aber auf die Angabe des Herrn K. hinzuweisen, wonach die Bw an diesem Tag nicht die ganze Zeit über im Lokal anwesend gewesen sei. Gerade deshalb ist es erforderlich, dass in einer Anzeige (nach einer Kontrolle, bei welcher sich der Verdacht auf Beschäftigung eines Ausländers ohne arbeitsmarktbefähigende Bewilligung ergeben hat) festgehalten wird, ob im Lokal eine verantwortliche Person habe ausfindig gemacht werden können bzw. ob ? neben dem beanstandeten Ausländer ? dort weitere beschäftigte Personen haben wahrgenommen werden können (und dann in der Anzeige die Personalien dieser Personen und deren Angaben festgehalten werden).

In der mündlichen Verhandlung am 17.10.2005 wurde auch Herr Otmar W (der Schwiegersohn der Bw) zu Herrn K. befragt und gab er an, er kenne ihn vom Gesicht her. Er kenne ihn auch nur vom Vornamen her mit Kris. Soviel er wisse, sei er Pole/Ire und unterhalte er sich mit ihm auf Englisch und ein bisschen auf Deutsch. Er wusste nicht, welche Richtung dieser studiere. Er konnte dann noch angeben, dass Herr K. in Österreich verheiratet sei und dessen Ehegattin ebenfalls studiere; zu allfälligen Verdienstmöglichkeiten des Herrn K. wusste er nichts. Auch aus den Angaben des Herrn W lassen sich nun keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass dieser mit Herrn K. "befreundet" gewesen wäre. Dass er diesen "vom Gesicht her" kenne, wenn Herr K. öfters Gast im Irish Pub gewesen ist, ist nun kein Indiz dafür, dass zwischen diesen beiden eine spezifische Bindung im Sinne eines Freundschaftsverhältnisses bestanden hätte. Herr Otmar W sprach dann davon, dass Herr K. "als die Kontrolle begonnen habe" Gläser von einem Tisch zurückgebracht und in den Geschirrspüler gegeben habe, weil er es ihm gesagt habe (es ist daran zu erinnern, dass die Bw davon gesprochen hat, dass sie Herrn K. gerufen oder dieser von selbst gekommen sei bzw. sie gerufen habe, wer Zeit habe). Dass Herr K. "außer den erwähnten Gläsern" eine längere Tätigkeit im Lokal ausgeübt hätte, bestritt Herr W. Zu Herrn W ist anzuführen, dass er "nach entsprechender Zeugenbelehrung, und dem Hinweis, dass er sich als Schwiegersohn der Bw der Aussage entziehen könne" zunächst offenbar im Zweifel gewesen ist, ob er eine Aussage machen solle. Während seiner Einvernahme hinterließ er auch keinen besonders glaubwürdigen und von der Richtigkeit seiner Angaben überzeugten Eindruck, sondern meinte er offenbar, als Schwiegersohn der Beschuldigten nehme er die Verantwortung auf sich und gebe an, er habe dem Nächstbesten gesagt, er solle die Gläser bringen, weil die Gläser ausgegangen seien.

Herr K. wurde in der mündlichen Verhandlung am 17.10.2005 zunächst zur Dauer seines Aufenthaltes und den Zweck seines Aufenthaltes in Österreich befragt. So wies er darauf hin, schon seit

September 2000 in Österreich zu sein und hier Musik zu studieren (zunächst in Graz und jetzt in Wien). Er sei ihm Hauptfach nunmehr im 7. Semester angemeldet (Anmerkung: einen Studienabschluss hat Herr K. offensichtlich noch nicht). Auch seine Gattin studiere und spiele er als Musiker relativ viel (auch seine Frau), dies war seine Antwort auf die Frage, wie er denn seinen Lebensunterhalt bestreite. Bei finanziellen Problemen helfe die Mutter seiner Gattin in Polen. Bemerkenswert war dann, dass die BwV einwarf (der Zeuge selbst hatte keine Angaben in dieser Richtung gemacht), dass die Frau des Herrn K. Bühnenbildnerin sei und habe er ihr dies vor der Verhandlung gesagt (offenbar hat die Rechtsanwältin der Beschuldigten und der haftungspflichtigen GmbH vor der Verhandlung mit dem Zeugen Kontakt aufgenommen und mit diesem zumindest über dessen persönliche Verhältnisse gesprochen; es wurde dann nicht weiter nachgefragt, ob die Rechtsanwältin mit Herrn K. auch schon vor der Verhandlung über den gegenständlichen Vorfall gesprochen hat).

Herr K. gab bei seiner Einvernahme in der mündlichen Verhandlung als Zeuge (bei seiner Befragung zum Kontrolltag) an, um ca. 20:00 Uhr ins Lokal gekommen zu sein, wobei sehr viel los gewesen sei. Zunächst sprach er davon, er sei hinter der Theke gewesen und habe mit Otmar gesprochen und eine Zigarette geraucht. Dieser habe ihm beim Transport in die neue Wohnung geholfen (Anmerkung: von Herrn W sind keine Angaben in diese Richtung gemacht worden). Anzumerken ist auch noch, dass Herr K. seit 11.10.2004 mit Hauptwohnsitz "Wien, A-gasse" aufscheint. Die Beitrittserklärung zum Darts-Club ist mit 27.4.2004 datiert (und scheint dort auch schon die Adresse Wien, A-gasse). Herr K. gab dann noch an, er habe gesehen, wie viel los sei und dass es Herr W nicht mehr schaffen könne und habe er ihm geholfen. Es habe "100te Gläser" auf den Tischen gegeben und habe er diese geholt. Erst über Vorhalt der Anzeigeangaben, wonach er beim Ausräumen des Geschirrspülers beobachtet worden sei, erklärte er "naja ich habe ihm geholfen, ich habe gesehen, dass er sehr viel zu tun hat". Als der Zeuge K. dann mit seinen Angaben auf dem Personenblatt konfrontiert worden ist, versuchte er, diese damit zu erklären, dass er schon ein bisschen betrunken gewesen sei, er erklärte aber, nicht zu wissen, warum er angekreuzelt habe, Guinness und Whiskey zu erhalten und Zusätze gemacht habe. Auch über Vorhalt seiner Angaben bei der Rubrik "Beschäftigt seit" erklärte er ausweichend und wenig glaubwürdig, es sei dies wahrscheinlich die Zeit gewesen, wo die Kontrolle begonnen habe. Er wusste nicht

mehr, wie lange er am fraglichen Tag geholfen hat, es sei schon gegen 19:00 Uhr sehr viel los gewesen und habe er dann dort begonnen zu helfen (an zwei anderen Stellen seiner Befragung erklärte er, er sei um ca. 20:00 Uhr ins Irish Pub gekommen). Der Zeuge K. hinterließ nun bei seiner persönlichen Einvernahme einen wenig glaubwürdigen und an der richtigen Darstellung des damaligen Vorfalles interessierten Eindruck, was sich wohl damit erklären lässt, dass er ? da er sich als Student seit Jahren in Österreich aufhält ? offenbar Befürchtungen gehabt hat, eine angenommene unbewilligte Beschäftigung könnte sich negativ auf seinen Aufenthaltsstatus auswirken (was aber ohnedies nicht der Fall ist).

Die Berufungsbehörde zweifelt nicht daran, dass ? wie dies der Zeuge De glaubwürdig geschildert hat ? Herr K. beim Ausräumen der Gläser aus dem Geschirrspüler (und Einräumen ins Regal) hinter der Theke beobachtet worden ist. Auch dass Herr K. dem Kontrollorgan gegenüber erklärte, er helfe ein bisschen aus und bekomme dafür Trinken, steht für die Berufungsbehörde zweifelsfrei fest. So hatte Herr K. ja auch auf dem Personenblatt (dass er die dortigen Rubriken nicht verstanden hätte, hat Herr K. nicht einmal behauptet und spricht dieser nicht nur deutsch, sondern offenbar auch englisch, hatte doch Herr W angegeben, sich mit diesem auf Englisch und ein bisschen auf Deutsch zu unterhalten) angegeben gehabt, seit 22:20 Uhr (nur am Kontrolltag) Gläser zu sortieren (und Leute zu unterhalten) und dafür Guinness und Whiskey zu erhalten. Dass er diese Tätigkeiten nur aus Gefälligkeit Herrn W gegenüber erbracht hätte, vermochte die Berufungsbehörde nicht als glaubwürdig zu erkennen. So hat er zunächst davon gesprochen, Herr W habe ihm beim Transport in die neue Wohnung geholfen, bei der Befragung durch die BwV hat er angeführt, Otmar habe ihm für die Renovierung der Wohnung viele Werkzeuge geborgt. Als er in das Lokal gekommen sei und gesehen habe, dass dieser Schwierigkeiten habe, habe er diesem dann geholfen.

Es ist noch einmal festzuhalten, dass der ausländische Staatsbürger K. ? zum Zeitpunkt der Kontrolle ? hinter der Theke des Irish Pub Gläser vom Geschirrspüler aus- und in das Regal eingeräumt hat. Dem Kontrollorgan gegenüber hat er gesagt, er helfe ein bisschen aus und bekomme dafür Trinken. Auf dem Personenblatt (für die Berufungsbehörde hat sich nun kein Hinweis darauf ergeben, dass Herr K. beim Ausfüllen dieses Blattes nicht gewusst hätte, um was es dabei geht) machte Herr K. Angaben in die Richtung, dass er ? am heutigen Tag ? seit ca. einer Stunde Gläser sortiere (Leute unterhalte) und Guinness (also Bier) und Whiskey erhalte. Wie bereits erwähnt, konnte von einem Gefälligkeitsdienst schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Tätigkeiten des Ausländers nicht aufgrund einer spezifischen Bindung zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger erbracht wurde. Dass zwischen dem verwendeten (arbeitend angetroffenen) Ausländer und der Bw bzw. der GmbH (Arbeitgeberin) eine spezifische Bindung ? als Grundlage für einen Gefälligkeitsdienst ? bestanden habe, konnte nicht angenommen werden. Was die von der Bw immer wieder behauptete Mitgliedschaft des Herrn K. beim Darts-Club und deren freundschaftliches Verhältnis zu ? einigen unserer Vereinsmitglieder" betrifft, so hat sich aus den Angaben des Herrn K. kein Hinweis darauf ergeben, dass dieser aktiv am Vereinsleben teilgenommen hätte (er hat nach seiner Angabe immer wieder mit Freunden dort Darts gespielt). Die Arbeitsleistung (im Irish Pub, in dem am St. Patricks Day viel los war) des Ausländers wurde vielmehr (wenn auch nur aushilfsweise) zu Gunsten des von der Bw vertretenen Unternehmens erbracht (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 17.11.2004, Zl. 2003/09/0109). Die in dem ? von der GmbH betriebenen ? Irish Pub erbrachte Tätigkeit des Ausländers wurde daher schon zutreffend von der Erstbehörde als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs 2 AuslBG gewertet.

Was den Hinweis der BwV in ihrem Schlusswort betrifft, das Abstellen von Gläsern sei keine Tätigkeit, die als Arbeitstätigkeit qualifiziert werden könnte, so genügt es darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall eben nicht nur davon auszugehen war, dass ein Gast sein Glas (und allenfalls die Gläser von weiteren Gästen von seinem Tisch) auf die Theke zurückgestellt bzw. er von dort Getränke für sich und seine Freunde/Bekannte an seinen Tisch geholt habe. Welche Bedeutung es für die Lösung des vorliegenden Falles haben sollte, wenn der Zeuge K. ausführt, es sei in Irish Pubs üblich, dass sich die Gäste selbst bedienen (und die Gläser wieder zurückstellen), vermag die Berufungsbehörde nicht zu erkennen, kann doch nicht davon ausgegangen werden, dass etwa dann, wenn ein Zeuge, der bei einer unbewilligten Beschäftigung angetroffen worden ist, vorbringt, dies sei so üblich, dann eben im Sinne der Beschuldigten nicht von einer Übertretung des AuslBG ausgegangen werden könne. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass der Ausländer K. über Ersuchen des Herrn W (aushilfsweise) tätig geworden wäre, wäre für den Standpunkt der Bw nichts zu gewinnen, ist doch auch nicht anzunehmen, dass eine spezifische Bindung des Ausländers zu Herrn W bestanden hätte. Auch war Herr W ja nicht der Leistungsempfänger (vgl. hierzu das Erkenntnis des VwGH vom 21.1.2004, Zl. 2001/09/0100). Ausgehend von den Angaben des Zeugen De (über die

beobachteten Tätigkeiten des Herrn K. und die von diesem ihm gegenüber gemachten Angaben) im Zusammenhalt mit der Bestimmung des § 28 Abs 7 AuslBG ist die Berufungsbehörde zu dem Ergebnis gelangt, dass die GmbH (für die die Bw verwaltungsstrafrechtliche einzustehen hat) den Ausländer unberechtigt beschäftigt hat. Die Bw vermochte auch nicht glaubhaft zu machen, dass eine unberechtigte Beschäftigung des hinter der Theke ihres Lokales arbeitend angetroffenen Ausländers nicht vorliegt. Es ist auch auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung (z.B. weil in einem Lokal einmal besonders viel los ist) als eine solche im Sinne des § 2 Abs 2 AuslBG anzusehen ist (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 27.3.2003, Zl. 2000/09/0194 und die dort zitierte Vorjudikatur). Es ist die Bw auch darauf hinzuweisen, dass ? wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgeführt hat ? auch bloß fallweise (z.B. für einen Verein durch dessen Mitglieder) erbrachte Aushilfstätigkeiten, für die entgeltähnliche Naturalleistungen (z.B. freies Essen und Trinken) empfangen werden, als arbeitnehmerähnliche Verhältnisse, die den Bestimmungen des AuslBG unterliegen, beurteilt werden können (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 7.5.1997, Zl. 95/09/0293). Die Berufungsbehörde geht aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens davon aus, dass Herr K. für seine Aushilfstätigkeit Getränke (Bier und Whiskey) bekommen hat und somit von einer Naturalentlohnung auszugehen ist. Es war daher von einer kurzfristigen, aber dennoch bewilligungspflichtigen Beschäftigung des Ausländers auszugehen (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 15.12.2004, Zl. 2002/09/0070). Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiters anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Da zum Tatbestand der der Bw zur Last gelegten Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt. In einem solchen Fall besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.3.1994, Zl. 93/09/0311). Diese Widerlegung ist der Bw im vorliegenden Fall nach den obigen Ausführungen nicht gelungen. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass die Bw im vorliegenden Fall schuldhaft gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen hat.

Mit der vorgenommenen Spruchänderung wurde der Sitz des Unternehmens und die Art des Lokals ergänzt sowie die angewendete Fassung des AuslBG angeführt.

Zur Strafbemessung ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46 VStG) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Gebot des § 3 Abs 1 AuslBG, einen ausländischen Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung nicht zu beschäftigen, dient dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 2.12.1993, Zl. 93/09/0186). Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Tat kann daher nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und - zusätzlich - zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 21.4.1994, Zl. 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen).

Das Verschulden der Bw konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Im Verfahren sind weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe hervorgekommen. Eine außerordentliche Milderung der Strafe im Sinne des § 20 VStG scheidet damit von vornherein aus. Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ging der Unabhängige Verwaltungssenat Wien von den eigenen Angaben der Bw aus (Einkommen von 400,-- Euro netto monatlich, Vermögen: Beteiligung an der GmbH, keine Sorgepflichten).

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den von 1.000,-- Euro bis zu 5.000,-- Euro reichenden ersten Strafsatz des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG ist die von der Erstbehörde verhängte Geldstrafe (ohne die Mindeststrafe) durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Eine Strafe in dieser Höhe sollte auch ausreichend sein, um die Bw künftig von strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens (an die Beschuldigte als Bw) gründet sich auf die zwingende Vorschrift des § 64 Abs 1 und 2 VStG.

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at