

TE UVS Wien 2007/12/20 07/A/36/5099/2007

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.12.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Fritz über die Berufungen 1) der (am 23.12.1962 geborenen) Frau Hyung Mi K. und 2) der E. HandelsgmbH, beide vertreten durch Gr. & Partner, Rechtsanwalts KEG in Wien, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 22. Bezirk, vom 4.5.2007, Zl. MBA 22 ? S 3488/06, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, nach am 27.8.2007 und am 1.10.2007 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlungen entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird den Berufungen Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

Gemäß § 65 VStG wird den Berufungswerbern kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

Text

Frau Hyung Mi K. (die Erstberufungswerberin; in der Folge kurz:

Bw) ist unbestrittenermaßen (alleinige) handelsrechtliche Geschäftsführerin der E. HandelsgmbH (die Zweitberufungswerberin; in der Folge kurz: GmbH) mit dem Sitz in Wien und gemäß § 9 Abs 1 VStG als zur Vertretung nach außen berufenes Organ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften (hier: des Ausländerbeschäftigungsgesetzes) verantwortlich. Aufgrund einer Anzeige des Zollamtes Wien vom 21.7.2006 und nach erstinstanzlichen Ermittlungen wurde die Bw mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 22. Bezirk, vom 4.5.2007 schuldig erkannt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin der GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit Sitz in Wien, W-Straße, am 10.7.2006 in der weiteren Betriebsstätte dieser Gesellschaft in Wien, M-gasse, die koreanische Staatsbürgerin Gilza Ch., geb. am 13.8.1958 (in der Folge kurz: G.) beschäftigt habe (Frau G. sei im Zeitpunkt der Erhebung in der Küche des Restaurants vor der Spüle mit einem Geschirrstück in der Hand betreten worden), obwohl für diese Ausländerin weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder ein Aufenthaltstitel ?Daueraufenthalt-EG? oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Die Bw habe dadurch § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, idgF verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über die Bw gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a erster Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe von 1.900,- Euro, falls diese uneinbringlich sei, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 4 Tagen und 5 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurden die von der Bw zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 190,- Euro bestimmt. Ferner wurde ausgesprochen, dass die GmbH gemäß § 9 Abs 7 VStG für die über die zur Vertretung nach außen Berufene verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand hafte.

Zur Begründung dieses Straferkenntnisses führte die Erstbehörde nach Wiedergabe der maßgeblichen Rechtslage, der

Rechtfertigung der Bw und der Äußerung des Finanzamtes Wien aus, das Vorbringen der Bw, ihre Schwägerin hätte nur zu privaten Zwecken in der Küche Geschirr abgewaschen, werde als reine Schutzbehauptung gewertet, weil es in einer Betriebsanlage keine privaten Bereiche gebe und es daher nicht möglich sei zu unterscheiden, dass der eine Teller als privater Teller und der andere als gewerblicher Teller abgewaschen werde. Im Übrigen habe sich in der Küche laut Aussage der Bw vom 10.7.2006 ausschließlich zum Betrieb gehöriges Geschirr befunden. Die Tatsache, dass sich Frau G. in der Küche aufgehalten und dort beim Geschirrabwaschen angetroffen habe werden können, sei von der Bw nicht bestritten worden. Aus diesen Gründen und im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit des Anzeigegers (Anmerkung: eine Einvernahme der Kontrollorgane als Zeugen hat im Zuge des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens nicht stattgefunden) werde der in der Aufforderung zur Rechtfertigung dargestellte Sachverhalt als erwiesen angesehen. Da es sich bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung um kein Erfolgsdelikt handle und die Beschuldigte die erforderliche Glaubhaftmachung unterlassen habe, sei der subjektive Tatbestand als erwiesen anzusehen. Weiters legte die Erstbehörde ihre Erwägungen zur Strafbemessung dar.

In ihrer gegen dieses Straferkenntnis (in einem gemeinsamen Schriftsatz) erhobenen Berufung brachten die beiden Berufungswerber vor, im Hinblick auf das Erfordernis der materiellen Wahrheitsfindung hätte die Behörde jedenfalls insbesondere durch die Durchführung eines Ortsaugenscheines betreffend die Dienstwohnung festzustellen gehabt, ob tatsächlich eine solche Dienstwohnung bestehe und wenn ja, ob auch tatsächlich in dieser Dienstwohnung keine Kochgelegenheit gegeben sei, wodurch sich die Notwendigkeit ergebe, dass die Bewohner dieser Dienstwohnung ihr Essen im benachbarten Restaurant einnehmen und auch dann dort selbstverständlich als Nichtgäste des Lokales ihre Teller bzw. das von ihnen benützte Geschirr wieder selbst abwaschen und zurückstellen. Es werde ausdrücklich der Antrag gestellt, einen Ortsaugenschein zum Beweis für das Vorgenannte durchzuführen. Es werde auch die neuerliche Einvernahme der Bw beantragt. Gerade die Verantwortung der Bw im Verfahren zeige, dass deren Angaben glaubwürdig seien. Es sei weder bestritten worden, dass sich die Ausländerin in der Küche aufgehalten habe, noch dass sie ein Geschirrtuch in der Hand gehalten bzw. Geschirr abgewaschen habe. Es wäre daher zusätzlich erforderlich gewesen, den Bruder der Bw (Herrn Ch.; in der Folge kurz: C.) einzuvernehmen, um die Angaben der Bw zu überprüfen. Es sei auch aus der Begründung nicht nachvollziehbar, wieso man davon ausgehen könne und auch aus welchem Grund das Finanzamt davon ausgehe, dass Frau G. in das Firmengefüge integriert gewesen sei (als Beweis lag ein Mietvertrag in Kopie bei). Gerade die Verantwortung der Bw zeige auf, dass sie nicht bemüht gewesen sei, wie dies sonst in ähnlichen Fällen gegeben sei, eine Verharmlosung herbeizuführen oder zu behaupten, irgendwelche Tätigkeiten seien nicht entfaltet worden. Es habe eben kein Grund bestanden, irgendetwas zu verheimlichen, weil nichts zu verheimlichen gewesen sei. Die Schwägerin habe lediglich selbst gebrauchtes Geschirr gereinigt und keinerlei geschäftlichen bzw. dienstlichen Tätigkeiten für die GmbH oder ein sonstiges Unternehmen verrichtet. Der Bruder (Herr C.) sei ordnungsgemäß angemeldet gewesen und verfüge über die erforderlichen Arbeitspapiere bzw. Niederlassungsbewilligung.

In seiner Stellungnahme zu dieser Berufung brachte das (nunmehr zuständige) Finanzamt Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vor, die Bw bestreite nicht, dass die koreanische Staatsbürgerin G. in der Küche des von ihr betriebenen Lokals, also an einem Arbeitsplatz, der Betriebsfremden im Allgemeinen nicht zugänglich sei, von den Kontrollorganen beim Geschirrspülen angetroffen worden sei. Die Eingliederung in das gegenständliche Unternehmen ergebe sich auch aus den Aussagen der Bw, die sowohl zum Zeitpunkt der Kontrolle als auch im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens in einer Niederschrift festgehalten worden seien. Daraus gehe hervor, dass der Zutritt zur Küche nur der Familie und dem Personal gestattet sei, dass Frau G. ausschließlich für den Betrieb vorgesehene Geschirr abgespült habe und dass es sich bei der Unterkunft der Betretenen um eine Dienstwohnung handle. Somit könne die Bw auch durch einen Lokalaugenschein nicht glaubhaft machen, dass Frau G. legal beschäftigt gewesen sei. Das Finanzamt beantrage daher die Bestätigung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses. Der Stellungnahme des Finanzamtes vom 9.7.2007 waren zwei Erhebungsbögen bezüglich der gegenständlichen Kontrolle angeschlossen, aus denen hervorgeht, dass neben der Bw, Frau G. und Herrn C. noch drei weitere (legal beschäftigte) Bedienstete im Lokal angetroffen worden sind.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien holte im Zuge des Berufungsverfahrens Auskünfte verschiedener Stellen ein (Anfrage an die Wiener Gebietskrankenkasse nach den von der GmbH zur Tatzeit zur Sozialversicherung gemeldeten Personen, Ersuchen an die Bw, Fotos der erwähnten Dienstwohnung zu übermitteln, Einholung von Firmenbuchauszügen der GmbH und der S-Handelsgesellschaft m.b.H., Meldeanfragen) und führte am 27.8.2007 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Bw, die in Begleitung von Herrn Mag. Okan Er. (für die Gr. &

Partner Rechtsanwalts KEG) als ihrem Rechtsvertreter erschienen war, teilnahm und in der Gerlinde S., Robert St. und (im Beisein einer Dolmetscherin für die koreanische Sprache) Frau G. und Herr C. als Zeugen einvernommen wurden. Die Bw gab bei ihrer Einvernahme als Beschuldigte Folgendes an:

?Die E. Handels GmbH (GmbH) betreibt zwei Lokale, eines im DZ und eines in der M-gasse. M-gasse und S-gasse ist eine Identadresse. Das gegenständliche Lokal ist täglich von 12.00 Uhr bis 14.30 Uhr und von 18.00 Uhr bis 22.30 Uhr geöffnet. Mein Bruder ist im Servicebereich als Kellner tätig. Ich komme ab und zu jeden Tag vorbei. Herr A., Frau F. und Frau P. waren jedenfalls im Lokal tätig. Ich habe den damaligen Dienstplan nicht mit. Diese drei Personen waren bei der Kontrolle auch anwesend.

Es gibt bei uns für ungefähr 70 Gäste 70 Sitzplätze. Wir zahlen für das Lokal ca. 2.700,-- Euro Miete. Mein Bruder bezahlt für die Dienstwohnung keine Miete. Mein Bruder hat einen Sohn und lebt er auch in der Wohnung. Wenn laut Meldedatei die Ausländerin seit 7.10.2004 in Österreich gemeldet ist, dann wird dies schon stimmen. Sie war in Korea Hausfrau. Mein Bruder ist gemeinsam mit seiner Gattin nach Österreich gekommen, dies auf die Frage, dass Herr Ch. schon seit 3.7.2003 in Österreich gemeldet war. In der Dienstwohnung gibt es einen kleinen Kühlschrank. Es gibt einen Wasserhahn zum Waschen und eine Waschmaschine, sonst gibt es nichts. Meine Firma erlaubt der Familie, dreimal egal wann, Mahlzeiten zu nehmen. Es gibt kein Privatgeschirr. Die Frau hat für sich selber in der Lokalküche gekocht und auch abgewaschen. Geschirr gibt es nur von der Firma und kein privates.

Die Frau hat selber gekocht, weil es eine ganz andere Küche ist. Die Firma hat der Frau erlaubt, die Zutaten für die Speisen zu nehmen. Sie hat dafür nichts bezahlen müssen. Sie hat nach jeder Mahlzeit abgewaschen.

Auf die Frage, wie differenziert werden solle, zwischen dem Geschirr der Gäste und dem Geschirr der Familie, gibt die Bw an, sie hat nicht alles abgewaschen. Ich habe ihr gesagt, man darf nicht helfen. Die Ausländerin ist ansonsten auch privat einkaufen gegangen. Sie hat einen Sohn, 21 Jahre, und hat genug zu tun. Er war noch Schüler. Er ist in die erste Klasse des Gymnasiums gegangen.

Die anfangs erwähnten weiteren Personen waren als Kellner, Köchin und Küchenhilfen tätig. Wir haben genug Personal. Mein Bruder verdient 1.300,-- Euro netto plus Trinkgeld.?

Herr Robert St. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

?Die gegenständliche Kontrolle war eine Gemeinschaftsaktion mit der Fremdenpolizei. Ich habe nach dem Betreten des Lokales die Kontrolle angemeldet und bin gleich zur Küche weitergegangen. Dort habe ich auf der linken Seite der Küche eine Frau beim Abwaschen gesehen. Es hat der Kellner zunächst versucht, mich beim Betreten der Küche zu hindern. Er hat mir dann Platz gemacht und konnte ich die Küche betreten. In der Küche waren dann noch weitere Personen. Ich habe die Frau herausgebeten und wollte ein Personenblatt mit ihr machen, was sie verweigert hat. Das Personenblatt war nur in chinesischer Sprache und nicht auf koreanisch. Zu den Fotos auf AS 6 und 7 gebe ich an, dass die Ausländerin bei der Spüle, die auf den Fotos abgebildet ist, gearbeitet hat.

Die Ausländerin sagte immer wieder ?nix arbeiten?. Ich weiß nur, dass dann die Bw gekommen ist, wer diese angerufen hat, weiß ich heute aber nicht mehr. Ich habe sie zum Ganzen befragt. Sie sagte, es sei eine Bekannte/Verwandte und wohne diese im Haus. Angeblich haben sie im Wohnraum keine Küche und dürften sie daher deshalb die Küche betreten. Es ist dann mit der Bw eine Niederschrift aufgenommen worden.

Der Mann, der mir zunächst den Weg verwehrt hat, erwähnte, dass er mit der Ausländerin verheiratet oder irgendwie verwandt sei. Ich habe die anderen in der Küche anwesenden Personen nicht zur Beschäftigung der Ausländerin befragt. Es waren im Lokal mehrere Gäste anwesend, es war eine normale Betriebstätigkeit.

Über Befragen des BwV:

Ich habe mich dem Mann gegenüber, der mir zunächst den Weg versperrt hat, auch ausgewiesen. Die anderen Personen in der Küche haben ihre Tätigkeit normal fortgesetzt. Es ist gekocht worden, Gemüse geschnitten worden etc. Von den Personen sind einzeln die Personalien aufgenommen worden.?

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

?Ich mache im gegenständlichen Lokal alles. Ich war in Korea nicht in dieser Branche tätig. Ich war 20 Jahre Beamter. Ich habe für diesen Bereich gelernt. Ich bin vor allem zuständig für Einkäufe, ich kontrolliere auch das Personal. Wenn viel zu tun ist, mache ich auch alles. Ich zahle für die gegenständliche Dienstwohnung 270,-- Euro Miete. Es wohnen

dort meine Frau, mein Sohn und ich. Mein Sohn besucht die Maturaschule. Meine Ehegattin ist mit mir nach Österreich gekommen.

Der Zeuge legt eine Arbeitserlaubnis vor, wonach ihm auf seinen Antrag vom 5.1.2006 eine Arbeitserlaubnis bis 8.1.2008 erteilt worden ist. Ich bin im Juni 2003 nach Österreich gekommen. Meine Gattin war in Korea Hausfrau. In der Wohnung ist keine Küche. Wir essen im Lokal. Wenn viele Gäste da sind, essen wir in der Küche, wenn nicht, dann in einer Ecke im Lokal. Manchmal essen wir, was in der Küche gekocht worden ist, manchmal kochen wir selber. Wir haben kein eigenes Geschirr. Beilagen haben wir extra, diese kochen wir meistens selber.

Meine Frau kocht in der Küche für unsere Familie. Die Firma hat uns erlaubt, dass wir im Lokal essen dürfen. An Sonntagen und Feiertagen kaufe ich selbst ein, was wir zum Essen brauchen. Ansonsten verwenden wir die Speisen und Materialien in der Küche.

Mein Sohn und meine Frau haben gerade etwas gegessen, meine Frau hat das Geschirr gerade in die Spüle gegeben. Das war der Moment, als die Kontrolle gekommen ist. Mein Sohn war glaube ich nicht mehr in der Küche.

Über Vorhalt der Fotos auf AS 6 und 7 zeigt der Zeuge auf eine Schüssel und sagt, aus dieser esse er immer Reis. Die anderen Arbeitskräfte essen eher aus helleren Schüsseln. Es gibt auch einen Geschirrspüler in der Küche. Es gibt ein Personal, das diese Teller wäscht. Danach werden die Teller in den Geschirrspüler gegeben.

(Die Bw redet während der Einvernahme des Zeugen immer wieder dazwischen und zwar nicht nur auf Deutsch, sondern auch auf Koreanisch. Sie erklärt, der Zeuge wisse nicht, wer das macht, sie sei die Geschäftsführerin.)

Der Zeuge gibt an, er kenne sich nicht mit der Aussprache der thailändischen Namen aus.

(Die Bw gibt an, Frau F. sei die Geschirrspülerin gewesen.) Über Vorhalt der Geburtsdaten der beiden angetroffenen Frauen gibt der Zeuge an, die ältere Dame war die Köchin und die jüngere war für das Abwaschen zuständig.

Nein, meine Frau hat nicht in der Küche mitgearbeitet. Es war dies nur für die Familie.

Über Befragen des BwV:

Die 270,- Euro sind Miete für die Wohnung, Gas und Strom zahlt die Firma. Wir haben eine elektrische Heizung. Die Miete zahlt auch die Firma. Um zwischen Lokal und Wohnung zu unterscheiden, habe ich die 270,- Euro angeführt gehabt. Ich zahle die Miete nicht bar, sie wird mit dem Lohn gegenverrechnet.

Meine Frau geht für die Familie auch einkaufen.

Ich bin der Bruder der Bw.?

Frau G. gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin Folgendes an:

?Ich bin im Juni 2003 nach Österreich gekommen. Wir haben in der S-gasse eine Wohnung. Wir essen unten im Lokal. Ich koche selber, dies auf die Frage, ob wir die Speisen der Lokalküche essen oder ich selber koche. Auf die Frage, ob ich das Fleisch, Gemüse, die sonstigen Zutaten etc. aus der Lokalküche nehme oder selber kaufe, gibt die Zeugin an, sie kaufe die Sachen selber. Wir haben in der Küche einen Kühlschrank und dort lagern wir die Sachen. Der Kühlschrank gehört der Firma. Wir haben kein eigenes Geschirr.

Was wir gerade gegessen haben, habe ich abgewaschen. Zur Abendszeit habe ich mit meinem Sohn gegessen, an eine bestimmte Zeit kann ich mich nicht erinnern.

Über Vorhalt der Fotos von AS 6 und 7 gebe ich an, ich habe das Geschirr und die Schüsseln abgewaschen, was wir verwendet haben. Über Nachfrage gibt die Zeugin an, es war eine Schüssel für die Suppe und Teller auch. Die Suppe koche ich auch selber. Ich nehme manchmal die Materialien, die dort sind, manchmal kaufe ich auch ein, dies auf die Frage, ob ich keine Suppe nehme, die im Lokal gekocht worden ist. Wenn es dort die Materialien gibt, dann verwende ich sie, wenn es sie nicht gibt, dann kaufe ich sie. Auf die Frage, ob ich wisse, wer im Lokal das Geschirr abwäscht, gibt die Zeugin an, jemand, der im Lokal arbeitet. Ich wasche sonstiges Geschirr nicht ab, sondern nur das, was wir verwendet haben.

Über Befragen des BwV:

Kommt es vor, dass sie keine Lust zum Kochen haben und Speisen vom Lokal essen? Ich koche nur, was unsere Familie essen wird.?

Gerlinde S. gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin an, sie könne sich nicht mehr sehr gut an die gegenständliche Kontrolle erinnern. Sie wisse nur, dass Herr St. die Kontrolle angemeldet habe. Dieser habe in die Küche weitergehen wollen, der Zutritt sei ihm durch den Kellner blockiert worden. Ob es eine Tür gewesen sei oder nicht, wisse sie nicht, sie wisse heute nicht näher, wie das Lokal ausgesehen habe. Sie selbst sei nicht in der Küche gewesen. Sie habe beim Erhebungsblatt die Personalien aufgenommen. Sie habe mit der Ausländerin selbst nichts zu tun gehabt. Sie habe nur die Daten der anderen Personen aufgenommen; sie habe diese zu der Tätigkeit der Ausländerin nicht befragt. Sie wisse nicht mehr, ob diese deutsch gesprochen haben oder nicht. Bei der Befragung der Bw sei sie dabei gewesen. Über Befragen des BwV gab sie noch an, die Blockaden dauern nie lange; es seien sicher nicht 10 Minuten gewesen.

Der BwV beantragte dann die Einvernahme der drei anderen in der Küche angetroffenen Personen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien führte am 1.10.2007 eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Bw, die in Begleitung von Herrn Dr. Alexander Gr. als ihrem Rechtsvertreter erschienen war und Herr St. als Vertreter des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf teilnahmen und in der Michele A., Frau Ketsaphon F. und Frau P. als Zeugen einvernommen wurden.

Frau F. gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin Folgendes an:

?Ich habe im Juli 2006 im Restaurant Ko. gearbeitet. Ich war voll beschäftigt. Ich habe in der Küche gearbeitet. Ich arbeite jetzt nicht mehr im gegenständlichen Lokal, ich bin jetzt in München. Wir waren zu zweit in der Küche und habe ich auch immer geholfen und habe ich auch gekocht. Es hat keinen Koch gegeben, es war die heute ebenfalls anwesende Zeugin die Köchin dort. Ich habe Montag bis Samstag gearbeitet, von 10:30 Uhr bis 15:00 Uhr, dann war eine Pause und um 17:30 Uhr begann der zweite Teil.

Über Vorhalt des Fotos der Frau Ch. gebe ich an, ich kenne diese Frau. Es ist dies die Frau des Bruders der Chefin. Sie kam lediglich in das Restaurant um Speisen zuzubereiten für ihren Lebensgefährten und das Kind, weil in der Wohnung des Herrn Ch. keine Küche war.

Üblicherweise bin ich die gewesen, die das Geschirr abgewaschen hat. An diesem Tag waren sehr viele Gäste im Lokal und habe ich der Frau Ch. gesagt, sie müsse das Geschirr, das sie selbst verwendet hat, abwaschen, weil ich keine Zeit habe. Ansonsten habe ich das Geschirr der Frau Ch., das diese verwendet hat, auch abgewaschen.

Über Vorhalt der Aktenseiten 6 und 7, gibt die Zeugin an, das hat nicht Frau Ch. abgewaschen, das habe sie schon vorher selber abgewaschen.

Es ist von mir das Geschirr schon abgewaschen gewesen und stand Frau Ch. in der Küche. Diese wusch ihr eigenes Geschirr ab und gab es zum Geschirr im Korb dazu. Ich habe Frau Ch. gebeten, sie solle so nett sein und den Korb in die Spüle stellen. Frau Ch. hat ihr Essen selber gekocht, ich kann nur thailändisch kochen und Frau Ch. hat koreanisch gekocht. Das Ko. ist schon ein koreanisch-thailändisches Lokal. Ich war auch nur die Küchenhilfe. Meistens hat Frau Ch. ihr privates Essen mitgebracht und in der Küche zubereitet. Es ist möglich, dass sie manchmal etwas genommen hat. Manchmal hat sie thailändisches Essen bestellt und haben wir ihr thailändisches Essen gemacht. Hauptsächlich kam Frau Ch. dann, wenn ihr Sohn von der Schule nach Hause kam, dies auf die Frage, ob sie zu Mittag oder am Abend oder sowohl zu Mittag als auch am Abend in die Küche gekommen ist.

Über Befragen des Vertreter des Finanzamtes:

Ich weiß nicht, wie alt der Sohn der Frau Ch. ist. Er ist schon ein Jugendlicher.?

Frau P. machte bei ihrer Einvernahme als Zeugin die folgenden Angaben:

?Ich arbeite jetzt nicht mehr im Lokal Ko.. Ich war damals im Lokal die Chefköchin. Ich war vollbeschäftigt, es gab einen Vormittagsdienst und einen Abenddienst. Wir waren zu zweit, die Zweite war die gerade anwesend gewesene Zeugin.

Über Vorhalt des Fotos auf Seite 5 gebe ich an, ich kenne diese Dame. Sie war oberhalb des Lokales wohnhaft und kam in das Lokal, um Essen für ihren Sohn zuzubereiten. Sie hat das Essen in der Küche zubereitet. Meistens hat sie die Zutaten für das Essen mitgebracht, sie hat koreanische Speisen gekocht. Sie hat nie von uns zubereitetes Essen

gegessen, sie hat immer ihr Essen mitgebracht. Manchmal hat sie aus der Küche Essen genommen.

Mit der Bw unterhalte ich mich in einem Sprachenmix und mit Gesten.

Ich habe bezüglich der Speisen nichts aufgeschrieben. Frau Ch. ist die Frau des Lokalbesitzers oder Chefs. Das Geschirr hat die Dame, die gerade als Zeugin hier war abgewaschen und war ihr Spitzname Tiu. Ich war bei der gegenständlichen Kontrolle dabei. Sobald Frau Ch. ihre Speisen selbst zubereitet hat, musste sie ihr Geschirr selbst abwaschen. Sie hat nur das von ihr selbst verwendete Geschirr abgewaschen.

Über Vorhalt des Fotos Aktenseite 6 gibt die Zeugin an, es sei an der Seite das Geschirr zu erkennen, das Frau Ch. verwendet und zu dem anderen Geschirr dazugegeben hat. Die Zeugin wird aufgefordert auf Foto Nr. 6 den von ihr erwähnten Teil einzuzeichnen, die Zeugin gibt an, sie kann nicht genau anzeichnen, welcher Teller es gewesen sein sollte, weil das Geschirr gleich ist wie das vom Lokal. Herr A. ist im Lokal der Kellner. Das Geschirr zum Essen hat Frau Ch. vom Lokal gehabt, manchmal hat sie das Geschirr von oben gebracht. Herr A. hat zu Beginn der Kontrolle nichts in die Küche gerufen bzw. habe ich nichts gehört. Frau Ch. hat hauptsächlich für den Sohn gekocht, ich glaube, sie hat manchmal auch für den Mann gekocht. Sie haben unten draußen im Lokal gegessen und nach dem Essen hat Frau Ch. ihr Geschirr abgewaschen. Wir haben auch einen Geschirrspüler im Lokal.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

Es gab hauptsächlich thailändische Speisen auf der Karte und auch koreanische. Diese habe auch ich gekocht. Die koreanischen Speisen sind sehr einfach zuzubereiten.

(Die Bw wirft ein, sie habe ihr dies gelernt.)

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes:

An Kellner waren am Kontrolltag Herr A. anwesend und in der Bar war Herr Ch., der Chef.

Auf die Frage, ob ich mich erinnern könne, ob Herr Ch. etwas in die Küche gerufen hat, gebe ich an, weiß ich nicht. Ich glaube, der Sohn von Frau Ch. ist ungefähr 16, 17 Jahre alt.

Über Befragen des Verhandlungsleiters:

Es gab kaum Zeit, mit dem Sohn zu sprechen, wenn Zeit zum Essen war, ist er gekommen und dann ist er wieder gegangen.

Über Befragen des BwV:

Es gibt ungefähr vier koreanische Speisen auf der Speisekarte. Mit dem Geschirrabwaschen hatte ich nichts zu tun und habe ich dies auch nicht gemacht, ich war nur die Köchin.?

Herr A. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

?Ich war im Juli 2006 im Lokal Ko. als Kellner beschäftigt. Ich war dort vollbeschäftigt. Ich war bei der gegenständlichen Kontrolle dabei.

Über Vorhalt des Fotos auf Aktenseite 5 gibt der Zeuge an, es ist dies die Frau von Herrn Ch.. Herr Ch. ist der Geschäftsführer des Lokales. Die Frau hat oberhalb des Restaurants gewohnt. Die Frau ist zum Essen für die Familie in das Lokal gekommen. Sie hat einen Sohn. Der Sohn ist ungefähr 20 Jahre. Manchmal hat sie für den Sohn gekocht. Ich weiß nicht, ob sie die Zutaten mitgebracht hat oder in der Küche genommen hat. Sie hat die Teller für sich und den Sohn abgewaschen. Es ist beim Kochen ein Geschirr nötig. Die Frau hat dann das Geschirr abgewaschen, das sie zum Kochen benötigt hat. Der Chef hat mit dem Personal gegessen, manchmal auch mit der Frau. Ich bin nur im Lokal.

Über Vorhalt der Fotos auf Aktenseite 6 und 7 gibt der Zeuge an, es werden drei, vier Teller von der Frau sein, sie hat koreanisch gegessen. Ich war aber nicht dabei, wie sie in der Küche gekocht hat.

Als die Kontrolle gekommen ist, war ich in der Bar. Der Chef war auch im Restaurant und hat nichts in die Küche gerufen. Neben den heute anwesenden beiden Zeuginnen und dem Chef und mir hat es kein weiteres Personal gegeben.?

Der Vertreter des Finanzamtes brachte in seinen Schlussausführungen vor, das Ganze sei sehr undurchsichtig, wobei für ihn nach wie vor eine Beschäftigung gegeben sei; es sei auch ein Anwendungsfall des § 28 Abs 7 AuslBG. Der Vertreter der beiden Berufungswerber brachte in seinem Schlusswort vor, er verweise auf die schriftlichen Angaben und seien die heute einvernommenen Zeugen alle nicht mehr im Lokal tätig und hätten wohl auch kein Interesse, durch eine falsche Zeugenaussage jemand anderen zu schützen. 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. 103/2005 ? ausgehend vom maßgeblichen Tatzeitpunkt -, lauten:

Als Beschäftigung gilt gemäß § 2 Abs 2 AuslBG die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs 5, d) nach den Bestimmungen des § 18 oder e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988. Gemäß § 2 Abs 4 erster Satz AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

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 eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" 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 § 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 eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (§ 8 Abs 2 Z 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, ? bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000,-- Euro bis zu 50.000,-- 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 Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Die Bw ist unbestrittenermaßen (alleinige) handelsrechtliche Geschäftsführerin der GmbH, die in Wien, M-gasse (Identadresse mit S-gasse), das koreanisch thailändische Restaurant ?Ko.?

betreibt. Herr C. ist in diesem Lokal als Kellner (legal; dieser ist auch zur Sozialversicherung angemeldet) tätig. Herr C. wohnt mit seiner Ehegattin (Frau G.; die hier gegenständliche Ausländerin) in einer Dienstwohnung in Wien, S-gasse. Die Erstbehörde hat es aufgrund der Anzeige des Zollamtes Wien vom 21.7.2006 als erwiesen angenommen, dass die Ausländerin G. in einem nach dem AuslBG bewilligungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH gestanden ist. Die Bw hat im gesamten Verwaltungsstrafverfahren bestritten, dass eine Verletzung der einschlägigen Bestimmungen des AuslBG vorliege.

Ihrem Vorbringen kommt im Ergebnis Berechtigung zu:

Dem gegenständlichen Verfahren liegt eine Anzeige des Zollamtes Wien vom 21.7.2006 zugrunde, wonach am 10.7.2006 gegen 20:15 Uhr in Wien, M-gasse in dem dortigen Lokal ?Ko.? eine Kontrolle durchgeführt worden sei. Nach Betreten des Lokales sei die Kontrolle durch Herrn St. bei dem hinter der Schank angetroffenen Herrn C. angemeldet worden. Dieser habe sich umgedreht, ?Kontrolle? in die Küche gerufen und versucht, den Durchgang zur Küche zu

behindern. Dieser habe jedoch nicht verhindern können, dass Herr St. beobachtet habe, wie Frau G. (die vor der Spüle gestanden sei) das in ihrer Hand befindliche Geschirrstück in die Spüle gelegt und versucht habe, sich von der Spüle zu entfernen. Mit Frau G. sei kein Personenblatt angefertigt worden, weil sie der deutschen Sprache nicht mächtig gewesen sei und kein Personenblatt in koreanischer Sprache aufliege. Während der Kontrolle sei die Bw ins Lokal gekommen, es sei mit ihr eine Niederschrift aufgenommen worden. Bei ihrer niederschriftlichen Befragung (noch im Lokal am Kontrolltag) gab die Bw an, sie habe Frau G. erlaubt, die Küche zu betreten. Diese dürfe dort essen, weil in der Dienstwohnung keine Küche sei. Sie habe ihr nicht erlaubt, das Geschirr abzuwaschen; sie habe nur Essen für die Familie machen wollen. Diese wasche nicht öfters Geschirr ab. Auf die Frage, warum diese das Geschirr in der Küche abwasche, antwortete die Bw, dass diese das Geschirr vom privaten Essen abwasche; es gebe dort nur Geschäftsgeschirr. Herr C. sei seit ca. 20. oder 22.10.2004 im Betrieb beschäftigt. Die Frage, ob sie Herrn C. gesagt habe, er dürfe niemanden in die Küche lassen, verneinte sie. Die Frage, ob bei ihr jeder, ob Gast oder nicht, in die Küche gehen dürfe, beantwortete die Bw dahingehend, dass nur Personal und Familie in die Küche dürfe.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass sich Frau G. zum Zeitpunkt der Kontrolle in der Küche des Lokales aufgehalten hat, um Geschirr abzuwaschen. Das Finanzamt Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf hat in seiner Stellungnahme vom 9.7.2007 zutreffend angemerkt, dass die Ausländerin an einem Arbeitsplatz, der Betriebsfremden im Allgemeinen nicht zugänglich sei, angetroffen worden sei (§ 28 Abs 7 AuslBG). Aber auch die Bestimmung des § 28 Abs 7 AuslBG macht eine Auseinandersetzung mit Beweisergebnissen nicht überflüssig, die grundsätzlich geeignet wären, die in dieser Bestimmung normierte gesetzliche Vermutung zu widerlegen (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 30.1.2006, Zl. 2004/09/0210). Aus dem Anzeigehalt geht nun nicht hervor, dass schon im Zuge der Kontrolle Angaben in die Richtung gemacht worden seien, bei der Ausländerin handle es sich um die Ehegattin des Herrn C. (also die Schwägerin der Bw). Auch in der mit der Bw aufgenommenen Niederschrift ist zwar festgehalten worden, dass Herr C. seit Oktober 2004 im Betrieb tätig sei, es wird dann aber nicht näher aufgeklärt, in welcher persönlichen Nahebeziehung die Bw zur Ausländerin und Herrn C. eigentlich steht. Die Bw hat aber schon erwähnt gehabt, dass Frau G. in der Küche essen dürfe, weil in der Dienstwohnung keine Küche sei. Offenbar ist dann aber nicht nachgefragt worden, wer denn nun diese Dienstwohnung bewohnt, wie groß diese sei und in welcher Beziehung die Ausländerin zur Bw steht. Unverständlich ist etwa auch, dass man ? bei entsprechender Behauptung ? nicht die Möglichkeit genutzt hat, gleich die Dienstwohnung zu besichtigen und allenfalls (wie von der Ausländerin und der Spüle) Fotos anzufertigen. Wenn es nämlich tatsächlich so gewesen ist, dass Herr C. (ein legal Beschäftigter der GmbH) mit seiner Ehegattin eine Dienstwohnung bewohnt, bei der es keine Küche gibt, dann wäre es nachvollziehbar, wenn die Bw (die Chefin) Herrn C. (bzw. Frau G.) gestatten würde, in der Küche für die Familie Speisen zuzubereiten bzw. das dort vorhandene Geschirr zu verwenden (denn wo sonst sollte Frau G. kochen). Dass es ? wie die gegenständliche Kontrolle gezeigt hat ? im Falle einer Überprüfung des Betriebes zu Schwierigkeiten (einer Abgrenzung) kommen könnte, vermag nichts daran zu ändern, dass es grundsätzlich möglich sein kann (bei der gegenständlichen Konstellation), dass sich die Gattin des Bruders der Chefin in der Küche aufhält, um das Geschirr abzuwaschen, das sie gerade zuvor (für das eigene Essen) verwendet gehabt hat.

In der Anzeige finden sich dann überhaupt keine Hinweise darauf, dass auch noch sonstiges Personal im Lokal angetroffen worden wäre (geschweige denn, dass zumindest versucht worden wäre, diese zu der angenommenen Beschäftigung der Frau G. zu befragen). Wenn nämlich in der Küche eines Lokales eine Person beim Geschirrabwaschen angetroffen wird (und die Kontrollorgane daher von einer unbewilligten Beschäftigung ausgehen), dann ist wohl naheliegend, dass auch das sonstige in der Küche anwesende Personal (oder der Kellner) näher dazu befragt wird, wer denn die angetroffene Ausländerin sei, was diese in der Küche mache, ob diese eine Arbeitskollegin oder (wie hier) die Ehegattin des Bruders der Chefin sei. Dass solche Befragungen offenbar nicht stattgefunden haben, die Daten der angetroffenen Personen ja nicht einmal in der Anzeige erwähnt werden, legt den Schluss nahe, dass die kontrollierende Behörde offenbar davon ausgeht, dass Befragungen sonstiger angetroffener Personen zur Aufklärung des Sachverhaltes nichts beitragen können. Wenn etwa eine Verständigung mit einer angetroffenen Person nicht möglich ist (z.B. wegen fehlender Deutschkenntnisse), dann wären jedenfalls die Daten dieser Person in der Anzeige festzuhalten und darauf hinzuweisen, dass eine Verständigung wegen mangelnder Deutschkenntnisse nicht möglich gewesen ist. In der Anzeige ist zwar angeführt, dass Herr C. das Kontrollorgan am Betreten der Küche zu hindern versucht habe, es findet sich aber kein Hinweis darauf, dass es sich bei diesem um den Ehegatten der angetroffenen Ausländerin handle. Auch wurde offenbar gar nicht versucht, diesen zu befragen, aus welchem Grund sich Frau G. in der Küche aufgehalten hat. Im vorliegenden Fall ist von der Bw unbestritten geblieben, dass Herr C. mit seiner Gattin

eine Dienstwohnung bewohnt. Auch dass es in der Küche nur Geschäftsgeschirr (und kein privates Geschirr der Familie des Herrn C.) gegeben hat, ist unbestritten geblieben. Wenn die Bw schon bei ihrer Befragung bei der Kontrolle angegeben hat, in die Küche dürfe nur das Personal und die Familie gehen, dann ist ? anders als dies das Finanzamt in seiner Stellungnahme vom 9.7.2007 vorbringt ? damit nicht gesagt, dass die Ausländerin in das gegenständliche Unternehmen eingegliedert gewesen wäre. Bei Frau G. handelt es sich ja nicht um eine fremde Person, die nur als Gast im Lokal gewesen wäre, sondern um die Ehegattin des Bruders der Bw (also um eine ?Familienangehörige?).

Die Bw hat bei ihrer Einvernahme bei der Erstbehörde am 19.12.2006 vorgebracht gehabt, dass Herr C. ihr Bruder sei und in der Dienstwohnung über dem Restaurant gewohnt habe. Die Dienstwohnung sei nicht mit einer Küche ausgestattet gewesen. Es sei daher vereinbart worden, dass die Angestellten (die in dieser Dienstwohnung wohnten) die Küche des Restaurants für rein private Zwecke mitbenützen dürfen. Zum Zeitpunkt der Kontrolle habe Frau G. privat Geschirr abgewaschen. In der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses hat die Erstbehörde zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass es in einer Küche eines Lokales keinen privaten Bereich gebe und auch nicht zwischen privaten und gewerblichen Tellern unterschieden werden könne, dennoch kann nicht in dieser Allgemeinheit gesagt werden, dass es nicht möglich sein könne, dass die Gattin des Bruders der Chefin, die in einer Dienstwohnung ohne Küche wohnt, sich in die Lokalküche begibt, um Essen für die Familie zuzubereiten und das verwendete Geschirr dann abzuwaschen. Auch wenn diese dann immer wieder auch einzelne Teller, die Gäste verwendet haben, vorspülen und dann in den Geschirrspüler geben sollte, so könnte selbst dies nicht in jedem Fall dazu führen, dass man ein bewilligungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH annehmen könnte. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass bei Familiendiensten (in einem vernachlässigbaren Ausmaß) allenfalls zu prüfen ist, ob es sich nicht um die bloße Erfüllung familiärer Beistands- und Mitwirkungspflichten handelt (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 22.10.2003, Zl. 2001/09/0135).

In der Berufung haben die Berufungswerber darauf hingewiesen, die Behörde möge sich bei einem Lokalausweis ein Bild davon machen, dass es in der Dienstwohnung keine Kochgelegenheit gebe. Über h.a. Aufforderung übermittelten die Berufungswerber Fotos der Dienstwohnung. Es gebe dort einen Schlafraum sowie einen weiteren Raum, in dem eine Waschmaschine und diverse Möbel aufgestellt seien, es sei aber keine Küche oder Kochgelegenheit vorhanden.

In der mündlichen Verhandlung am 27.8.2007 wurden die zwei damaligen Kontrollorgane, Herr C. und Frau G. als Zeugen einvernommen. So wies etwa Herr St. darauf hin, dass die Bw zur Kontrolle hinzugekommen ist und gesagt habe, die Ausländerin sei eine Bekannte/Verwandte und wohne diese im Haus. Der Mann, der ihm zunächst den Weg verwehrt habe, habe erwähnt, mit der Ausländerin verheiratet oder irgendwie verwandt zu sein. Noch einmal ist darauf hinzuweisen, dass es völlig unverständlich ist, warum nicht schon in der Anzeige auf diese Umstände hingewiesen worden ist (und der Sachverhalt vor Ort zu dieser Frage näher ermittelt worden ist). Frau S. wies darauf hin, sie habe die Daten der anderen Personen aufgenommen, diese aber nicht zur Tätigkeit der Ausländerin befragt. Auch wenn es nun zu einzelnen Teilfragen Widersprüchlichkeiten in den Aussagen der Zeugen gegeben hat, so schilderten Herr C. und Frau G. im Großen und Ganzen aber glaubwürdig und nachvollziehbar, dass Frau G. zur fraglichen Zeit nicht im Lokal für die GmbH gearbeitet, sondern nur für die Familie gekocht und das verwendete Geschirr dann abgewaschen hat. Die Bw erwähnte, die Firma habe Frau G. erlaubt, die Zutaten für die Speisen zu nehmen (dafür habe sie nichts bezahlen müssen). Herr C. wies darauf hin, dass sie manchmal essen würden, was in der Küche gekocht worden sei, manchmal würden sie selber kochen. An Sonntagen und Feiertagen kaufe er selbst ein, was sie zum Essen brauchen würden; ansonsten würden sie die Speisen und Materialien in der Küche verwenden. Frau G. betonte dann, dass sie selber koche und sie das Fleisch, Gemüse und die sonstigen Zutaten selber kaufen würde. Erst bei ihrer weiteren Einvernahme räumte sie ein, manchmal die Materialien zu nehmen, die dort seien (Frau G. meinte offenbar, sie dürfe nur keine Angaben in die Richtung machen, sie würden dort auch Speisen und Materialien des Lokales essen/verwenden). Wenn Herr C. (als Beschäftigter der GmbH) die Möglichkeit gehabt hat, im Lokal (selbst, aber auch die Gattin und der Sohn, die in der Dienstwohnung wohnen) zu essen, so könnte allein daraus ohnedies nicht darauf geschlossen werden, dass Frau G., wenn diese das von ihr verwendete Geschirr selbst abwäscht, von der GmbH (iSd § 2 Abs 2 AuslBG) beschäftigt werden würde. Als (nicht näher kommentierte) Beilage zur Stellungnahme vom 9.7.2007 übermittelte das Finanzamt Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf Erhebungsbögen, auf denen die Namen von drei weiteren bei der Kontrolle angetroffenen Personen festgehalten worden sind. Diese wurden in der mündlichen

Verhandlung am 1.10.2007 als Zeugen einvernommen. So waren (nach deren glaubwürdigen Aussagen) zur fraglichen Zeit Herr A. als Kellner, Frau P. als Köchin und Frau F. als Hilfskraft (diese habe grundsätzlich das Geschirr abgewaschen) im Lokal anwesend. Wenn nun in einem Lokal eine Kontrolle durchgeführt und eine Person ? wie hier:

beim Geschirrspülen ? angetroffen wird, von der angenommen wird, sie sei im Lokal beschäftigt, so gilt es auch abzuklären, ob sonstiges Personal anwesend gewesen ist, das den durchschnittlichen Geschäftsbetrieb zu bewältigen vermag. So waren zum Zeitpunkt der Kontrolle eine Köchin, eine Hilfskraft in der Küche und Herr A. und Herr C. als Kellner im Lokal aufhältig. Wie auf einem Erhebungsbogen festgehalten worden ist, waren zum Zeitpunkt der Kontrolle mehrere Gäste im Lokal anwesend. Es haben sich nun keine Hinweise darauf ergeben, dass die im Lokal anwesenden Bediensteten nicht in der Lage gewesen wären, die (mit dem Kochen von Speisen und dem Servieren im Zusammenhang stehenden) Arbeiten ? ohne zusätzliche Hilfskraft ? zu bewältigen.

Die in der mündlichen Verhandlung am 1.10.2007 einvernommenen Zeugen haben bei ihren Befragungen davon gesprochen, dass Frau G. die Frau des Bruders der Chefin sei und lediglich in das Lokal gekommen sei, um (für die Familie) Speisen zuzubereiten (über den Grund des Aufenthaltes der Frau G. in der Küche befragt, machten diese drei Zeugen ? und zwar durchaus glaubwürdig ? Angaben in die Richtung, die Frau habe in einer Wohnung oberhalb des Restaurants gewohnt und sei zum Essen in das Lokal gekommen, wobei sie für sich auch gekocht habe). Es ist von keinem der vernommenen Zeugen bestätigt worden, dass Frau G. (außer dass sie für sich und die Familie gekocht und das verwendete Geschirr abgewaschen habe) in der Küche als Hilfskraft (etwa zum Geschirrabwaschen) von der GmbH beschäftigt worden wäre. Wenn nun Frau G. ? bei einem vollbesetzten Lokal ? alleine in der Küche arbeitend angetroffen worden wäre (oder allenfalls noch mit einer Köchin), dann wäre tatsächlich die Frage zu stellen gewesen, wer denn nun die Köchin bei der Zubereitung von Speisen unterstützt, das Geschirr abgewaschen und sonstige Hilfstätigkeiten, die bei einer Küchenarbeit anfallen, verrichtet hat. Bei der gegenständlichen Kontrolle ist es aber so gewesen (noch einmal sei erwähnt, dass sich in der Anzeige des Zollamtes Wien dazu keinerlei Angaben finden), dass nicht nur Herr C. als Kellner und die dann zur Anzeige gebrachte Ausländerin, sondern noch drei weitere ? von der GmbH legal ? Beschäftigte angetroffen worden sind.

Voraussetzung für die Bestrafung nach der oben angeführten Gesetzesbestimmung (§ 28 Abs 1 Z 1 lit a) nach dem AuslBG ist das Vorliegen einer Beschäftigung, welcher Begriff durch die Bestimmung des § 2 Abs 2 AuslBG näher definiert wird. Ansatzpunkt der Prüfung, ob ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs 2 AuslBG vorliegt, ist daher die Erbringung einer Arbeitsleistung, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird (objektiver Tatbestand). Für das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale ist die Strafbehörde (allenfalls auch unter Bedachtnahme auf die Voraussetzungen des § 28 Abs 7 AuslBG) beweispflichtig. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hätte daher das Vorliegen einer unerlaubten Beschäftigung zu beweisen gehabt (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 16.10.2001, Zl. 99/09/0260). Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt ausgesprochen, dass nicht jede Tätigkeit eines Ausländers für einen anderen ungeachtet ihrer näheren Umstände eine "Beschäftigung" nach dem AuslBG darstelle (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 17.1.1991, Zl. 90/09/0159). Tätigkeiten, welche ohne jegliche Verpflichtung, lediglich gefälligkeitshalber und unentgeltlich für einen anderen erbracht worden sind, stellen für sich alleine noch keine Übertretung des AuslBG dar (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 11.7.1990, Zl. 90/09/0062). Maßgebend für die Einordnung in den Beschäftigungsbegriff nach § 2 Abs 2 AuslBG ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeführt wird (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 26.6.1991, Zl. 91/09/0038). Sowohl für eine Beschäftigung gemäß § 2 Abs 2 lit a als auch gemäß § 2 Abs 2 lit b AuslBG - die Fälle der lit c - e scheiden nach der Lage des vorliegenden Falles von vornherein aus - ist die Entgeltlichkeit ein wesentliches Merkmal, wobei sich der Anspruch des Arbeitenden auf Bezahlung aus einer mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung, allenfalls aber auch unmittelbar aus arbeitsrechtlichen Vorschriften (so etwa aus § 29 AuslBG oder aus kollektivvertraglichen Regelungen) ergibt. Ist hingegen glaubhaft - sei es ausdrücklich oder auch konkludent - für die Tätigkeit Unentgeltlichkeit vereinbart, dann fehlt es an der für eine Beschäftigung nach dem AuslBG essentiellen persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit (vgl. dazu etwa das Erkenntnis des VwGH vom 15.9.1994, Zl. 94/09/0137). Es ist auch Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass Gefälligkeitsdienste nicht unter den Begriff der bewilligungspflichtigen Beschäftigung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einzuordnen sind. Als solche sind kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anzusehen, die vom Leistenden auf Grund spezifischer Bindungen zwischen ihm und dem Leistungsempfänger erbracht werden, wobei der Übergang zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des AuslBG als "fließend" bezeichnet wurde. Es ist eine

Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, um einen Gefälligkeitsdienst annehmen zu können (vgl. zum Ganzen etwa die Erkenntnisse vom 29.11.2000, Zl. 98/09/0199, vom 4.4.2001, Zl. 99/09/0148, und vom 3.9.2002, Zl. 99/09/0083). Eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs 2 AuslBG wird letztlich nur dann gegeben sein, wenn auf Grund der gemäß § 2 Abs 4 AuslBG gebotenen Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts und nicht der äußeren Erscheinungsform ein Mindestmaß an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft besteht (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 1.10.1997, Zl. 96/09/0036, und vom 14.11.2002, Zl. 2001/09/0103, m.w.N.).

Im vorliegenden Fall kann nun aufgrund der Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden, dass es sich bei der von der koreanischen Staatsbürgerin G. verrichteten Tätigkeit (Geschirrabwaschen) nicht nur um das Waschen des von ihrer Familie verwendeten Geschirrs gehandelt hat (die von ihr mit ihrem Mann und ihrem Sohn bewohnte Dienstwohnung hat keine Küche/Küchenblock). Da es sich bei Herrn C. um den Bruder der Chefin handelt, dieser mit seiner Familie eine Dienstwohnung (ohne Küche) bewohnt, kann auch nicht (ohne weitere Beweisergebnisse, die in diese Richtung deuten würden) angenommen werden, dass das Essen (oder die verschiedenen Produkte zum Kochen, die Frau G. verwendet hat) als Gegenleistung für die Tätigkeit der Frau G. anzusehen wäre, sollte sie tatsächlich (da es ja nur Firmengeschirr gegeben hat, sodass zwischen dem Geschirr, das Frau G. und ihre Familie verwendet hat und solchen, das Gäste verwendet haben, wohl nicht unterschieden werden können) immer wieder auch sonstiges (also von Gästen verwendetes) Geschirr abgewaschen und/oder in den Geschirrspüler gestellt haben (noch einmal ist auch zu betonen, dass es sich bei Frau G. unbestrittenermaßen um die Schwägerin der Bw handelt).

Der Grundsatz "in dubio pro reo" stellt eine Regel für jene Fälle dar, in denen im Wege des Beweisverfahrens und anschließender freier Würdigung der Beweise in dem entscheidenden Organ nicht mit Sicherheit die Überzeugung von der Richtigkeit des Tatvorwurfes erzeugt werden konnte. Nur wenn nach Durchführung aller Beweise trotz eingehender Beweiswürdigung Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten verbleiben, hat nach dem genannten Grundsatz ein "Freispruch" zu erfolgen (vgl. z.B. die Erkenntnisse des VwGH vom 15.5.1990, Zl. 89/02/0082 und vom 28.11.1990, Zl. 90/02/0137). Dies ist hier der Fall. Weder aus dem Anzeigehalt noch aus den Aussagen der Zeugen kann auf eine unerlaubte (entgeltliche) Beschäftigung der Frau G. für die GmbH als ihrer Arbeitgeberin mit einer für einen Schuldspruch erforderlichen Sicherheit geschlossen werden. Wenn ? wie im vorliegenden Fall ? kein Geständnis der Beschuldigten vorliegt, dann hat die Behörde eben auf andere Art und Weise für den Nachweis der Tatbegehung Sorge zu tragen (auf die unzureichenden Erhebungen und Befragungen vor Ort und auf die mangelhafte Anzeigenabfassung wurde ebenfalls bereits hingewiesen). Gelingt dies ? wie im vorliegenden Fall ? nicht, ist weiterhin von der Unschuldsvermutung auszugehen (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 16.10.2001, Zl. 99/09/0260).

Aufgrund der obigen Erwägungen war daher der Berufung Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die im Spruch genannte Bestimmung.

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at