

TE UVS Wien 2004/11/05 07/A/42/6658/2004

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.11.2004

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Mag. Dr. Tessar über die Berufung des Herrn Khaled D, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 17. Bezirk vom 29. Juli 2004, ZL. MBA 17 - S 3572/04, wegen Übertretung des § 28 Abs 1 Ziffer 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis hinsichtlich des polnischen Staatsbürgers Grzegorz G, geb. 24.5.1972 (Spruchpunkt 1) und der polnischen Staatsbürgerin Barbara Sylwia G, geb. 27.2.1974 (Spruchpunkt 2) behoben und das Verfahren jeweils gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

Der Berufungswerber hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

Der Schuld- und Strafausspruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses lautet wie folgt:

"Sie haben als persönlich haftender Gesellschafter und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der D-KEG zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin mit Sitz in Wien, Di-platz, am 9.3.2004 um 13.30 Uhr im dort befindlichen Gastgewerbebetrieb die ausländischen Staatsbürger

Grzegorz G, geb. 24.5.1972, und Barbara Sylwia G, geb. 27.2.1974, Staatsangehörigkeit Polen, als Kellner zur Durchführung von Servier- und Abwaschtätigkeiten beschäftigt hat, obwohl für diese 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.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 28 Abs 1 Ziffer 1 lit a in Verbindung mit § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975 in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

2 Geldstrafen von je EUR 1.900,--, zusammen EUR 3.800,--, falls diese uneinbringlich sind, 2 Ersatzfreiheitsstrafen von je 1 Woche, 4 Tage, 5 Stunden, zusammen 3 Wochen, 1 Tag, 10 Stunden gemäß § 28 Abs 1 Ziffer 1 erster Strafsatz dieses Gesetzes."

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Berufung, in der der Berufungswerber im Wesentlichen vorbringt, keine strafbare Handlung begangen zu haben. Erläuternd wird ausgeführt, dass es zwar richtig sei, dass die im Straferkenntnis genannten Personen zu dem angegebenen Zeitpunkt im Lokal gewesen sind, jedoch seien diese

Personen nicht für die D-KEG als Mitarbeiter tätig gewesen bzw. sei keine Entlohnung vereinbart gewesen. Bei Frau Barbara Sylwia G handle es sich um eine Freundin, die er auch als Kommanditistin in der KEG aufgenommen habe. Dies begründe jedoch kein Arbeitsverhältnis und sei als solches auch nicht von ihm beabsichtigt gewesen. Dies sei Frau G bekannt gewesen. In ihrer Eigenschaft als Kommanditistin habe sich Frau G, wenn sie im Lokal anwesend gewesen sei, lediglich selbst versorgt. Da sie dafür selbstverständlich kein Entgelt entrichten habe müssen, habe sie lediglich als Gegenleistung das Geschirr, das sie verschmutzt habe, selbst abgewaschen. Das freundschaftliche Verhältnis führe auch dazu, dass der Bruder von Frau G öfters im Lokal anwesend sei. Dieser habe auch keine Einschränkungen seiner Bewegungsfreiheit im Lokal. Auch er könne sich, ohne Bezahlung, auf Kosten des Betriebes verköstigen (Getränke und Speisen). Dass Frau und Herr G von ihm unterstützt worden sei, sei richtig, jedoch lediglich auf Grund ihres privaten Verhältnisses erfolgt. Eine freiwillige Gegenleistung habe nur insofern stattgefunden, als sich die beiden verpflichtet gefühlt hätten, ihn bei seiner Arbeit zu unterstützen. Eine Beschäftigung in arbeitsrechtlichem Sinn sei jedoch daraus nicht abzuleiten. Aus dem der Berufung beigeschlossenen erstinstanzlichen Akt ist ersichtlich, dass am 16.3.2004 durch das Hauptzollamt Wien, Team K, eine Anzeige erfolgte. In dieser wurde dem Berufungswerber zur Last gelegt, er habe die polnischen Staatsangehörigen Grzegorz G und Sylwia Barbara G in der D-KEG mit Geschirr abwaschen bzw. Serviertätigkeiten beschäftigt, ohne dass für diese Personen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigenbestätigung ausgestellt worden sei oder diese für diese Beschäftigung eine gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besessen hätten.

Anlässlich seiner Einvernahme am 16.4.2004 vor der Erstbehörde gab der Berufungswerber an, dass Frau G Kommanditistin seiner Firma sei und regelmäßig ihre Beiträge zur Sozialversicherung bezahle. Sie arbeite in Polen im Verkauf und halte sich stets nur sehr kurz in Österreich auf. Am verfahrensgegenständlichen Tag sei Frau G gemeinsam mit ihrem Bruder und ihm von Polen gekommen. Er kenne sie seit 1995 und sei mit ihr befreundet. Zum Zeitpunkt der Betreuung habe Frau G lediglich einen Kaffee für sich selbst zubereiten und diesen anschließend zu einem Tisch bringen wollen, an dem Herr Dr. S mit einer befreundeten Familie gesessen sei. Herr G habe sich zur Tatzeit in der Küche aufgehalten, in welcher er sich selbst auch gerade aufgehalten habe. Herr G habe ihm lediglich ein wenig helfen wollen, da zur Mittagszeit so viel zu tun gewesen sei. Beide hätten diese Tätigkeit unentgeltlich gemacht, da sie mit ihm sehr eng befreundet seien. Aus dem dem Akt beiliegenden Gesellschaftsvertrag ist ersichtlich, dass Frau Sylwia Barbara G Kommanditistin der gegenständlichen KEG ist.

In der Stellungnahme vom 16.7.2004 gab das Zollamt Wien bekannt, dass es richtig sei, dass die beiden illegalen Ausländer keinen Lohn im Personalblatt angegeben haben, jedoch haben beide im Feld ?Beschäftigt als" eine Tätigkeit, nämlich ?als Koch geholfen" und ?geholfen als Kellner" angegeben. Da die Kontrollorgane des Zollamtes Wien einen Eid auf die österreichische Verfassung abgelegt haben, sei davon auszugehen, dass diese den wahren Sachverhalt, den sie wahrgenommen haben, wiedergegeben haben. Es wäre im gegenständlichen Fall nicht nachvollziehbar, welchen Vorteil oder Nutzen die Kontrollorgane gehabt hätten. Der Berufungswerber habe in seiner Aussage selbst angegeben, dass Herr G ihm in der Küche geholfen habe, da es über die Mittagszeit zu einem Engpass gekommen sei. Nach dem AusIBG sei auch ein ?Helfen" als eine Tätigkeit anzusehen.

In der Folge erging das gegenständliche Straferkenntnis. In der Stellungnahme vom 20.9.2004 gab das Zollamt Wien unter anderem an, dass es egal sei, ob die betretenen Personen in einer freundschaftlichen Beziehung gestanden seien oder nicht, fest stehe, dass auch ein Helfen dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unterliege und daher von einer illegalen Beschäftigung ausgegangen werde.

Am 14.10.2004 und am 5.11.2004 wurde zur Klärung der Sach- und Rechtslage vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Zu dieser Verhandlung erschienen der Berufungswerber sowie Vertreter des Zollamtes Wien, Abteilung K, als Parteien, Frau Tamara M, Herr Etebby H, Frau Tanja Ga, Frau Sylwia Barbara G, Herrn Zakaria E, Frau Salma E, Herrn Khaled A, Herrn Jürgen B als Zeugen sowie die Dolmetscher Mag. Hardy Ei und Mag. phil. Marian K.

Der Berufungswerber gab im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf die Frage, welchen Gewinn die Gesellschaft im Jahr 2003 gemacht habe, unter Beziehung des Dolmetschers zu Protokoll, dass er das nicht sagen könne. Auf die Frage, ob er ungefähr eine Größenordnung des Gewinns angeben könne, gab er an, dass er den Jahresgewinn mit ATS 250.000,-- bis ATS 300.000,-- einstufe. Von diesem Betrag erhalte er 60 % und Frau G 40 %. Zusätzlich erhalte er monatlich EUR 1.000,-- ausbezahlt. Frau G bekomme kein zusätzliches Gehalt. Auf die Frage,

welche Gegenleistung Frau G erbringe, dass sie im Jahr ca. 10.000 Euro erhalte, brachte der Berufungswerber vor, dass sie keine Gegenleistung erbringe. Tatsächlich erhalte Frau G diesen Betrag nicht ausbezahlt, sondern werde dieser Betrag umgehend in das Lokal investiert. Von diesem Betrag werde zusätzlich auch die Sozialversicherung von Frau G bezahlt. Sie habe heuer ungefähr 2.000 EUR Sozialversicherung zu bezahlen. Diese seien auch bereits bezahlt worden.

Daraufhin wurde unter Beilage 1) von der Behördenvertreterin ein Versicherungsdatenauszug vorgelegt, woraus ersichtlich ist, dass seit dem Jahr 2001 keine Versicherungsbeträge mehr vorgeschrieben werden und von Frau G insgesamt lediglich 10 Monate lang Sozialversicherungsbeiträge gezahlt wurden. Auf Vorhalt dieser Beilage brachte der Berufungswerber weiters vor, dass er tatsächlich eine Vorschreibung bekommen und ein Ansuchen gestellt habe, den Rest auf Raten zu bezahlen. Er habe vor einem halben Jahr etwa 1.000,-- Euro einbezahlt. Dann habe er weitere Raten von jeweils 200,-- Euro einbezahlt. Sohin habe er in Summe insgesamt 2.000 Euro bezahlt. Auf Vorhalt der Aktenseite 16 brachte er vor, dass dies die erste Einzahlung gewesen sei. Diese sei aufgrund einer Vorschreibung erfolgt. Die Aufforderung sei an Frau G ergangen. Diese habe dann Kontakt mit dem Steuerberater aufgenommen, und habe der Steuerberater dann den Antrag auf Ratenzahlung gestellt. Er habe auch für die Gewinnauszahlung Steuer bezahlt. Auf die Frage, wie viele Tage Frau G im Jahr in Österreich sei, brachte der Berufungswerber vor, dass sie etwa 5 ? 7 Tage im Monat in Österreich sei. Er bringe sie regelmäßig nach Polen und verbleibe dann auch etwa 2-3 Tage dort. Auf die Frage, was Frau G mache, wenn sie in Österreich sei, brachte er vor, dass sie dann sein Gast sei. Wenn es irgend etwas zu unterschreiben gäbe, das auch von ihr als Gesellschafter zu unterschreiben sei, leiste sie diese Unterschrift in diesem Zeitraum.

Frau G erbringe daher für die Gesellschaft keine Leistung, doch sei er ja auch öfters in Polen eingeladen und sei der ausbezahlte Gewinn eine Art Gegenleistung dafür. Wenn sie in Österreich sei, erledige sie außerdem den Haushalt, zumal sie in der Wohnung des Berufungswerbers wohne. Sie wasche auch die Wäsche, die in der Zwischenzeit angefallen sei und putze die Wohnung. Diese Leistungen würden aufgrund einer persönlichen Gefälligkeit erfolgen. Auf die Frage, wie oft Herr G im Jahr in Österreich sei, brachte der Berufungswerber vor, dass er höchstens 1 ?3 Mal im Jahr in Österreich sei. Am längsten sei er für eine Woche in Wien gewesen. Er sei immer nur in Wien, wenn Frau Sylwia G auch in Wien sei. Er sei nie länger als seine Schwester in Wien gewesen. Derzeit seien Herr und Frau G in Polen. Das letzte Mal seien sie gemeinsam im März in Österreich gewesen. Frau G sei das letzte Mal im September in Österreich gewesen. Herr Grzegor G sei das vorletzte Mal zu Silvester 2003/2004 zwei Tage in Österreich gewesen. Vorher seien sie gemeinsam in Polen gewesen und hätten dort Weihnachten gefeiert. In den beiden Tagen, als der Bruder in Österreich gewesen sei, sei das Lokal geschlossen gewesen.

Der zeugenschaftlich einvernommene Eltelby H gab im Zuge seiner Einvernahme an, dass Frau G die Freundin des Berufungswerbers und auch an seiner Firma beteiligt sei. Sie sei regelmäßig in Österreich. Glaublich sei sie etwa bis zu ein bzw. zwei Wochen in Österreich und komme alle 2 Wochen nach Österreich. Frau G lebe nicht in Wien, da sie in Polen auf die Tochter ihrer Schwester aufpassen würde. Außerdem lebe ihr Mutter dort, welche sie auch pflege. Wenn sie in Wien sei, helfe sie nicht im Lokal mit. Er habe Frau G schon im Lokal gesehen. Sie sitze dann im Lokal bei dem Tisch der Freunde und plaudere mit den gemeinsamen Freunden. Wenn, dann bediene sich Frau G selbst. Sie sei dort jedenfalls niemals als Kellnerin tätig. Den Bruder von Frau G habe er im März 2004 und vor einem Jahr, also im Juli oder August 2003, gesehen. Im August sei er etwa 2 Tage in Wien gewesen. Glaublich sei der Bruder im März 2004 für eine Woche in Wien gewesen. Im März 2004 bzw. August 2003 seien der Berufungswerber, Frau G und deren Bruder von Polen nach Österreich gereist. Sie hätten alle beim Berufungswerber gewohnt. Er sei fast täglich in der Pizzeria des Berufungswerbers gewesen. Sie seien Freunde. Er habe Herrn G gesehen, wie er in der Pizzeria zu Mittag gegessen habe. Er habe nicht gesehen, dass Herr G etwas in der Pizzeria gekocht habe. Er könne nicht angeben, was der Bruder gemacht habe, wenn er in Wien gewesen sei. Über Befragen des Behördenvertreters gab der Zeuge an, dass er anlässlich der gegenständlichen Kontrolle nicht im Lokal gewesen war. Er könne keine Angaben über Herrn oder Frau G machen, wenn er diese nicht gesehen habe. Er kenne den Bruder, da er sich öfters mit ihnen unterhalten habe. Er habe bislang noch nie erfahren, dass der Bruder oder Frau G im Lokal ausgeholfen hätten. Ihm sei anlässlich eines Besuches nach der gegenständlichen Kontrolle mitgeteilt worden, dass Herr G entweder etwas für sich selbst gekocht oder aber sein Geschirr abgewaschen habe, so genau wisse er das nicht mehr, jedenfalls habe Herr G nur etwas für sich gemacht. Zu Frau G sei ihm gesagt worden, dass diese für sich einen Kaffee gemacht habe. Man habe ihm nicht gesagt, dass Frau G auch jemanden bedient habe. Hätte Frau G jemanden bedient, hätte man ihm das gesagt. Er sei zur heutigen Einvernahme völlig unvorbereitet gekommen und habe eigentlich nur den Berufungswerber begleiten

wollen. Er habe sich daher nicht auf eine mögliche Einvernahme vorbereitet. Vielleicht habe er auch deshalb nicht so eine genaue Erinnerung. Der Berufungswerber und Frau G hätten ihm erzählt, was passiert sei. Herr G sei bei dieser Unterhaltung nicht dabei gewesen. Nach diesem Vorfall habe er Herrn G nicht mehr gesehen.

Die zeugenschaftlich einvernommene Tamara M gab im Zuge ihrer Einvernahme zu Protokoll, dass sie das Lokal als Erste betreten habe. Beim Hineingehen habe sie Frau G gesehen, als diese mehr als zwei Kaffeetassen auf ein Tablett gestellt habe. Frau G sei hinter der Theke gestanden. In der Zeit als sie das Lokal betreten habe, sei Frau G mit dem Tablett zu einem Tisch gegangen. Die Getränke seien glaublich zu einem Tisch gebracht worden, auf welchem sich Freunde bzw. Verwandte des Chefs befunden hätten. Sie habe darauf nicht so sehr geachtet, da sie sogleich in die Küche gegangen sei. Im Zuge der weiteren Amtshandlung habe sie erfahren, dass es Freunde vom Berufungswerber gewesen seien. Andere Gäste seien im Hinterzimmer gewesen, wo dann auch die Personenblätter ausgefüllt worden seien. In der Küche sei Herr G gestanden, der etwas abgewaschen habe. Sie könne nicht mehr angeben was Herr G abgewaschen habe, doch habe sich dort ein größerer Berg mit gebrauchtem Geschirr befunden. Sie könne nicht mehr angeben, wie er angezogen gewesen sei. Herr G sei darauf von ihr aufgefordert worden, ihr einen Ausweis zu zeigen. Auch sei Frau G zur Ausweisleistung aufgefordert worden. Daraufhin sei eine ziemlich unruhige Situation entstanden, wobei sowohl der Chef, als auch die Gäste vom Freundestisch laut auf die Kontrollorgane eingeredet hätten. Der Chef habe sie und zwei bewaffnete Mitarbeiter der mobilen Überwachungsgruppe gestoßen. Sie habe versucht, auf den Berufungswerber beruhigend einzuwirken. Sie habe dem Berufungswerber vorgeschlagen, sie an einen Ort zu führen, wo mit den beiden ein Protokoll aufgenommen werden könne, zumal ein Tumult nicht im Interesse des Berufungswerbers gelegen sein könne. Da beide Personen angegeben hätten, keine Ausweise bei sich zu haben, sei telefonisch die Polizei gerufen worden. Außerdem sei die Situation für sie etwas brenzlich geworden. Als die Polizei eingetroffen sei, habe Frau G die Handtasche hinter der Theke hervor geholt. Ob diese darin einen Ausweis gehabt habe, könne sie nicht angeben. Zu diesem Zeitpunkt seien die Formblätter schon ausgefüllt gewesen. Sie habe Frau G nicht beraten, was sie eintragen solle. Sie habe Frau G auch nicht geraten, anzugeben, als Kellnerin tätig gewesen zu sein. Da sie das generell nicht tun würden, könne sie sich auch nicht vorstellen, dass Frau Ga dies Herrn G geraten habe. Sie wisse noch, dass beide betretenen Ausländer gesagt hätten, dass sie nur geholfen hätten. Sie könne nicht mehr angeben, ob die beiden betretenen Ausländer etwas zu einer allfälligen Entlohnung gesagt hätten. Es sei auch möglich, dass diese gesagt hätten, dass sie nichts bezahlt bekommen würden. Sie hätten auch keine Angaben am Blatt gemacht. Die Zeugin und Frau Ga hätten den Personen nur gesagt, dass sie, wenn sie das Personenblatt ausfüllen würden, die Wahrheit schreiben müssten. Sie würden diese nicht drängen, dieses Blatt vollständig auszufüllen. Über Befragen des Behördenvertreters gab die Zeugin an, dass sie sich nicht mehr erinnern könne, ob Frau G die Tassen wirklich auf den Freundestisch gebracht habe, zumal auch auf dem ersten Tisch jemand gesessen sei. Sie wisse nur, dass sich Frau G, als sie bemerkte, dass eine Kontrolle erfolgen würde, ziemlich ruckartig zum Freundestisch gesetzt habe. Die beiden hätten angegeben, dass sie dem Chef helfen würden. Der Chef sei der hier anwesende Berufungswerber gewesen. Er sei glaublich auf dem Freundestisch gesessen. Für sie sei Frau G eindeutig als Kellnerin tätig gewesen. Sie habe gesehen, dass Herr G mehrere Geschirrteile abgewaschen habe, und zwar Geschirrstücke, die zuvor auf der Seite des schmutzigen Geschirrs gelegen seien. Der Berufungswerber brachte daraufhin weiters vor, dass Frau G den Kaffee ihren Freunden, die am Freundestisch gesessen seien, serviert habe. Das Geschirr, welches von Herrn G abgewaschen worden sei, sei das Geschirr gewesen, das zuvor von den gemeinsamen Freunden benutzt worden sei. Dieses gemeinsam von Freunden benutzte Geschirr habe Herr G abgewaschen. Die Freunde hätten unentgeltlich zu essen bekommen. Das Geschirr sei jedenfalls nicht von den übrigen Gästen zuvor benutzt worden, da diese erst kurz im Lokal gewesen seien und nicht einmal eine Essensbestellung abgegeben hätten. Auf Vorhalt, dass er selbst angegeben habe, dass Herr G zur Mittagszeit im Lokal ausgeholfen habe, brachte der Berufungswerber vor, dass diese Aushilfe der Bewirtung der Freunde gedient habe und unentgeltlich gewesen sei. Zum Vorbringen des Behördenvertreters, dass noch zwei weitere Personen in der Pizzeria angetroffen worden seien, bei welchen es sich um einen Pizzazusteller und einen Pizzakoch gehandelt habe, und diese legal beschäftigt gewesen seien, brachte der Berufungswerber vor, dass diese beiden Personen am Freundestisch gesessen seien. Diese Personen seien nicht in der Pizzeria beschäftigt gewesen. Herr E sei ein Freund, welcher mit seiner Frau und seinen beiden Kindern zum Essen eingeladen gewesen sei. Frau E Salma sei die Frau des Freundes. Auch Herr Reda Ta sei ein Gast gewesen, der von ihm eingeladen worden sei. Er habe im Lokal einen Pizzazusteller angestellt und angemeldet, nämlich Khalid A. Auf Vorhalt, dass Herr Ta angegeben habe, dem Berufungswerber geholfen und auch einmal eine Pizza ausgeliefert zu haben, brachte der Berufungswerber vor, dass Herr Ta zwei Tage vorher mehrere Pizzen beim Berufungswerber gekauft und

diese mit der Lieferantentasche nach Hause gebracht habe. An diesem Tag habe Herr Ta die Tasche zurückgebracht. Auf Vorhalt der Angaben der Zeugin M, wonach Herr E mit einem weißen Hemd bekleidet, mit einem kleinen blauen Beserl auf einer Platte das Mehl weggekehrt habe, brachte der Berufungswerber vor, dass er sich an so etwas nicht erinnern könne. Möglicherweise habe Herr E irgendeine Verunreinigung wegkehren wollen.

Mit Schriftsatz vom 20.10.2004 legte die Wiener Gebietskrankenkasse Auszüge vor, aus welchen hervorgeht, dass Herrn Reda Ta im Zeitraum vom 1.1.2004 bis zum 20.10.2004 nicht zur Sozialversicherung angemeldet war. Weiters war Herr Zakaria E von 9.8.2003 bis 19.7.2004 und vom 27.8.2004 bis 22.9.2004 arbeitslos gemeldet und ist seit dem 10.3.2004 laufend bei der D-KEG angemeldet. Herr Khaled A ist seit dem 1.3.2003 bis laufend bei der D-KEG gemeldet.

Frau Tanja Ga gab im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 5.11.2004 zeugenschaftlich einvernommen im Wesentlichen zu Protokoll, dass sie sich an den gegenständlichen Vorfall erinnern könne. Nicht sie, sondern Frau M habe im Hinterzimmer des Lokales mit Herrn G Grzegorz das Personenblatt ausgefüllt. Sie habe ihn nicht bei einer Arbeitsleistung betreten. Damals habe sich im hinteren Lokal ein Herr befunden, welcher offenkundig ein Freund des Berufungswerbers gewesen sei. Sie habe nicht wahrgenommen, dass Frau G irgendeine Arbeitsleistung erbracht habe. Das Personenblatt habe Frau M mit Frau G ebenfalls im Hinterzimmer ausgefüllt. Normalerweise werde das Personenblatt der bei einer Arbeitsleistung angetroffenen Person vorgelegt. Wenn die betreffende Person der deutschen Sprache mächtig sei, werde ihr erklärt, was auf dem Personenblatt verlangt werde, z.B. den Nachnamen und den Vornamen eintragen etc. Auf dem Personenblatt seien die verlangten Daten in mehreren Sprachen angeführt. Sie habe Frau M damals gefragt, bei welcher Arbeitstätigkeit Herr G betreten worden sei. Dies habe sie auch am Personenblatt unten vermerkt. Sie habe nur mit Herrn G ein Personenblatt ausgefüllt.

Frau Tamara M gab über Vorhalt der beiden Personenblätter bezüglich E und Ta ergänzend einvernommen an, dass die darauf befindliche Handschrift nicht ihre sei. Die Handschrift am Personenblatt des Herrn E würde von Frau St und die Handschrift am Personenblatt des Herrn Ta würde von Herrn B stammen. Sie könne sich an zwei Herrschaften erinnern, welche zum Arbeiten berechtigt gewesen seien. Als die Kontrollorgane reingekommen seien, sei eine Kellnerin hinter der Theke gestanden. Geradeaus sei ein Herr vor dem Pizzaofen gestanden, welcher mit einem Besen das Mehl von der Pizzaplatte gekehrt habe. Sie sei dann in die Küche gegangen und habe einen Herrn von der Abwasch geholt. Als sie aus der Küche gekommen sei, sei gerade ein Pizzazusteller, um welchen sich Herr B

gekümmert habe, gekommen. Glaublich seien im Hinterzimmer vier bis fünf Tische gestanden. Sie könne sich definitiv erinnern, dass zwei Tische im Vorderzimmer gestanden seien. Es könne aber auch sein, dass drei Tische im Vorderzimmer gestanden seien. Pro Tisch hätten vier Personen Platz nehmen können.

Die Zeugin Sylwia Barbara G gab im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Wesentlichen zu Protokoll, dass sie in der Nacht vom Sonntag zum Montag nach Wien gekommen sei. Montag sei der erste Tag gewesen, an dem sie in Wien gewesen sei. Die gegenständliche Kontrolle sei am Dienstag gewesen. Sie habe im Lokal einen Kaffee für sich selbst und für ihre Freunde bzw. Verwandte gemacht. Sie hätte sich im Lokal zum Mittagessen mit Freunden getroffen. Die Freunde seien Zakaria E (sein Kurzname sei Ziko), Salma E, deren beiden Kinder, ihr Bruder Grzegorz und der Berufungswerber gewesen. Auf die Frage, ob sie einen Herrn namens Ta kenne, gab die Zeugin an, dass dies ein Bekannter von ihrem Freund sei und er beide öfters besucht habe. Zum Zeitpunkt der Kontrolle sei Herr Ta glaublich nicht im Lokal gewesen. Auf den Hinweis, dass er damals im Lokal angetroffen worden sei, brachte die Zeugin vor, dass sie ihn damals nicht gesehen habe. Möglicherweise sei er zu einem Zeitpunkt im Lokal gewesen, als sie mit der Ausfüllung des Personenblattes beschäftigt gewesen sei. Ihr sei jedenfalls nicht erinnerlich, dass er

ihm Lokal gewesen sei. Auf die Frage, ob sie eine Erklärung dafür habe, dass Herr Ta mit Pizzataschen im Lokal angetroffen worden sei, brachte die Zeugin vor, dass sie nicht erklären könne, warum Herr Ta mit Pizzataschen angetroffen worden sei. Auf die Frage, dass sie auf dem Personenblatt angegeben habe, dass sie im Lokal ausgeholfen habe, gab die Zeugin an, dass sie die Frau vom Zollamt Wien, welche ihr beim Ausfüllen geholfen habe, gefragt habe, was sie schreiben solle, da sie nur für sich selbst und

ihre Freunde Kaffee gemacht habe. Die Frau habe gesagt, dass sie schreiben solle, dass sie als Kellnerin ausgeholfen habe. Dies habe sie dann geschrieben. Dasselbe sei auch bei ihrem Bruder so gewesen.

Daraufhin wurden die im Raum befindlichen Zeuginnen des Zollamtes Wien befragt, ob sie grundsätzlich eine Hilfe geben würden, was geschrieben werden solle. Die Zeugin M gab dazu an, dass ihr von Frau G gesagt worden sei, dass die Zeugin G nur geholfen habe. Daraufhin habe Frau M ihr gesagt, sie solle genau das hinschreiben, nämlich dass sie

als Kellnerin geholfen habe. Die Zeugin Ga wurde daraufhin befragt, ob sie dem Koch gesagt habe, was er hinschreiben solle. Diese gab sodann an, dass sie ihn noch einmal gefragt habe, was er getan habe. Das, was er gesagt habe, habe er hingeschrieben. Sie könnte sich heute nicht mehr erinnern, was er gesagt habe, jedenfalls habe er dann Koch hingeschrieben.

Über Vorhalt der Vertreterin des Zollamtes Wien, dass in der Rubrik ?Chef" der Berufungswerber bezeichnet worden sei, brachte die Zeugin G weiters vor, dass sie nur den Namen des Chefs des Lokales ausgefüllt habe. Sie habe möglicherweise die Frage nicht genau gelesen. Sie sei der Meinung gewesen, dass sie den Chef des Lokales anführen müsse. Das habe sie getan. Auf die Frage, ob sie regelmäßig nach Wien komme, weil sie eine Mitgesellschafterin des Unternehmens sei, oder aus einem anderen Grund, gab die Zeugin an, dass der Berufungswerber ihr Freund sei und sie auch bei ihm wohne. Deshalb komme sie regelmäßig nach Wien.

Herr Jürgen B gab zeugenschaftlich einvernommen im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Wesentlichen an, dass er sich erinnern könne, dass Herr Ta damals durch den Hintereingang mit einer bzw. mehreren leeren Pizzataschen in das Lokal gekommen sei. Wie viele Taschen es gewesen seien bzw. ob es nur eine gewesen sei, könne er nicht angeben. Er könne nicht angeben, wo zu diesem Zeitpunkt Frau G gewesen sei. Der Ausweis des Herrn Ta sei damals kontrolliert worden. Herr Ta sei mit ihm damals noch zu seinem Fahrzeug gegangen, um diesen zu holen. Dieser habe damals angegeben, dass er für seinen Freund diese Pizzen ausgeliefert habe. Nach seiner Erinnerung habe sein Fahrzeug ziemlich stark nach Pizza gerochen. Auf die Frage, ob er auf Herrn Ta beim Ausfüllen des Personenblattes Druck ausgeübt habe, brachte der Zeuge vor, dass Herr Ta überhaupt nichts ausgefüllt habe. Er habe nur das niedergeschrieben, was Herr Ta ihm gesagt habe. Das habe Herr Ta selbst aber nicht niederschreiben wollen.

Der Zeuge Khaled A gab im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Protokoll, dass er am verfahrensgegenständlichen Tag nur in der Früh im Lokal gewesen sei und seinem Chef gesagt habe, dass er an diesem Tage mehrere Wege zu erledigen habe und deshalb dienstfrei haben wolle. Er sei beim Berufungswerber als Pizzafahrer angemeldet und sei auch schon zum Kontrollzeitpunkt beim Berufungswerber angemeldet gewesen. Er sei damals nicht beim Mittagessen dabei gewesen. Er kenne Herrn Ta; dies sei ein Freund des Berufungswerbers. Er kenne Herrn E; dieser komme mit seiner Frau und seinen Kindern öfters ins Lokal essen. Herr E sei jetzt als Kellner angemeldet bzw. beschäftigt. Zum Kontrollzeitpunkt sei er das noch nicht gewesen. Auf Vorhalt, dass Herr E am 10.3.2004 angemeldet worden sei, brachte der Zeuge vor, dass er dazu nichts mehr genau angeben könne. Dieser sei jedenfalls schon längere Zeit als Kellner beschäftigt und komme dieser derzeit ein Mal in der Woche. Auf die Frage, seit wann Herr E als Pizzakoch arbeite, gab der Zeuge an, dass er ihn in den letzten Monaten ein Mal in der Woche als Pizzakoch arbeiten gesehen habe. Zu allfälligen Tätigkeiten davor könne er keine Angaben machen. Vor der Kontrolle habe dieser jedenfalls nicht gearbeitet. Er sei österreichischer Staatsbürger seit

zwei Jahren.

Herr Zakaria E gab zeugenschaftlich einvernommen im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Wesentlichen an, dass er beim Pizzaofen gestanden sei, weil seine Kinder herumgelaufen seien und er aufgepasst habe, damit sie nichts anstellen. Er habe nichts zusammengekehrt, sei österreichischer Staatsbürger und sei dies auch schon damals gewesen. Sein Sohn habe ein Stück Pizzateig in der Hand gehabt und hätte etwas formen wollen. Er habe ihm dabei geholfen. Es habe keine Veranlassung gegeben, einen Besen oder eine Schaufel in die Hand zu nehmen. Über Vorhalt der Auskunft der Wiener Gebietskrankenkasse gab der Zeuge an, dass er nur als geringfügig Beschäftigter angemeldet sei, weshalb er auch nicht von der gegenständlichen Gesellschaft zur Krankenversicherung angemeldet worden sei. Derzeit sei er arbeitslos gemeldet. Seit März 2004 würde er zehn Stunden in der Woche, an einem Tag, arbeiten. Er könne nicht die ganze Woche arbeiten, weil er eine schwere Operation gehabt habe. Er bekomme nach wie vor jeden Tag eine Infusion. Am verfahrensgegenständlichen Tag habe er nicht gearbeitet. Wenn, dann arbeite er als Pizzakoch im Lokal. Wenn er im Lokal arbeite, sei der Berufungswerber manchmal anwesend und manchmal nicht. Wenn der Berufungswerber das Lokal kurz verlassen würde, oder längere Zeit nicht da sei, dürfe er auch kassieren etc. Auch der Pizzafahrer dürfe das, da eine große Vertrauensbasis vorhanden sei. Er sei in den Monaten Juli und August zur Gänze auf Urlaub gewesen und habe vor vier bis fünf Jahren auch schon bei dieser Firma gearbeitet. Damals habe er wöchentlich ungefähr zwanzig Stunden gearbeitet. Wenn er Zeit habe, komme er in das Lokal als Freund, dies schon während der Zeit, als er nicht für den Berufungswerber gearbeitet habe. Er komme mehrmals in der Woche in das Lokal, das sei ganz verschieden. Er wohne in der Nähe des Lokales und gehe entweder mit seiner Familie dorthin essen, oder er nehme sich Essen mit und esse dies im Lokal. Er habe Herrn Gregor G

mehrmais gesehen. Auch bei der Kontrolle sei dieser anwesend gewesen. Dieser habe mit ihnen mitgegessen und anschließend habe er ihre und seinen eigenen Teller gesammelt und habe diese abgewaschen. Im Hinterzimmer seien glaublich noch zwei bis vier Gäste anwesend gewesen. Frau Salma E gab zeugenschaftlich einvernommen im Wesentlichen an, dass ihr Mann im Lokal des Berufungswerbers nicht gearbeitet habe. Der Berufungswerber sei ein alter Bekannter von ihnen. Sie sei zum Tatzeitpunkt mit ihrem Mann und den Kindern im Lokal essen gewesen. Sie habe das Essen an diesem Tag zu Hause ägyptisch gekocht, die Speisen in das Lokal mitgenommen und den Berufungswerber praktisch zum Essen eingeladen. Frau G und ihr Bruder seien auch eingeladen gewesen. Auch diese beiden hätten also ihre Speisen gegessen. Frau G sei die Lebensgefährtin des Berufungswerbers. Es seien auch noch andere Leute im Lokal gewesen. Diese habe Frau G aber nicht bedient. Sie habe nur ihre Freunde bedient und auch nur die Getränke, da das Essen ja von ihr mitgebracht worden sei. Herr G Gregorz habe mit ihnen mitgegessen, die Teller abgeräumt und abgewaschen. Dies sei so üblich. Hätte er dies nicht getan, hätte sie dies selbst gemacht. Er habe aber nicht als Abwäscher im Lokal gearbeitet.

Der Vertreter des Zollamtes Wien, Mag. N, zog daraufhin nach dem Hinweis des Verhandlungsleiters, wonach entsprechend der Angaben des Zeugen B Herr Ta erst nach der

gegenständlichen Betretung ins Lokal gekommen sei und sohin denkunmöglich Angaben zur Tätigkeit von Frau und Herrn G bis zum Zeitpunkt der Betretung machen könne, den Antrag auf Einvernahme des Zeugen Ta zurück.

Der Berufungswerber gab zu Protokoll, dass Herr Gregorz G in Polen beschäftigt sei und daher nicht bereit sei, nach Österreich zum Zwecke einer Einvernahme zu kommen.

Daraufhin legte der Vertreter des Zollamtes Wien einen telefonischen Anzeigenvermerk vom 19.1.2004 vor, aus welchem hervorgeht, dass bereits eine Kontrolle in der gegenständlichen Pizzeria stattgefunden habe, und dass sich während dieser Kontrolle Frau und Herr G versteckt hätten. Der Behördenvertreter gab weiters an, dass in diesem Anzeigenvermerk alles aufgeschrieben sei, was vom Anzeigenleger mitgeteilt worden sei. Weitere Angaben seien vom Anzeigenleger nicht gemacht worden. Das Hauptzollamt habe bis dahin keine Kenntnis von dieser Kontrolle gehabt und habe auch niemals einen Bericht über die Kontrolle erhalten. Aus dieser Anzeige würde weder der der Anzeige zugrundeliegende Kontrollzeitpunkt noch der Anlass der Kontrolle hervorgehen.

Über Vorhalt dieses Anzeigenvermerkes gab der Berufungswerber an, dass die Behauptungen in dieser Anzeige nicht stimmen würden. Der Bruder von Frau G sei zu Silvester in Wien gewesen. Zwischen Mitte Jänner 2004 und dem 24. Jänner 2004 seien weder Frau G noch ihr Bruder in Wien gewesen. Dies wurde auch von der im Raum befindliche Frau G bestätigt.

DER UNABHÄNGIGE VERWALTUNGSSENAT WIEN HAT

ERWOGEN:

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien sieht es aufgrund des aktenkundigen Gesellschaftsvertrages und des im Akt erliegenden Firmenbuchauszuges und aufgrund der Angaben des Berufungswerbers als erwiesen an, dass Frau Sylwia Barbara G die für einen Gewinnanteil von 40 % berechtigte Kommanditistin der D-KEG ist. Diese Feststellung basiert insbesondere auf den Umständen, dass am 31.3.1998 ein entsprechender Gesellschaftsvertrag beim Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern angezeigt worden ist, dieser Gesellschaftsvertrag am 24.3.1998 vor einem öffentlichen Notar abgeschlossen worden ist und zudem Frau G zumindestens im Jahre 2001 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert gewesen war.

Aufgrund der übereinstimmenden Angaben der Zeugen Sylwia Barbara G, Frau E und Herrn Eltelby H, sowie aufgrund des Umstandes, dass Herr und Frau G in den Erhebungsbögen als deren Wohnort die Adresse des Berufungswerbers angeführt hatten, und außerdem übereinstimmend angegeben worden ist, dass diese am Kontrolltag beim Berufungswerber auf Besuch waren und im Übrigen Frau G diesen regelmäßig besucht, geht der erkennende Senat davon aus, dass diese die Lebensgefährtin des Berufungswerbers ist. Außerdem spricht auch die Tatsache, dass diese sowohl im Jahre 1998 als auch zum Kontrollzeitpunkt gemeinsam mit dem Berufungswerber in einer Wohnung wohnte, für diesen Umstand. Auch legen die Ausführungen des Berufungswerbers, wonach er Frau G regelmäßig nach Polen bringe, dann dort mehrere Tage bei deren Familie verbringe und er zudem Weihnachten 2003 im Kreis ihrer Familie verbracht habe, diesen Schluss nahe.

Frau G war unter Zugrundelegung der Angaben des Berufungswerbers und der Zeugin G zum Kontrollzeitpunkt

gemeinsam mit ihrem Bruder Grzegorz G in der Wohnung des Berufungswerbers für die Dauer von einigen Tagen (maximal eine Woche) als Gast aufhältig gewesen. Dieser Sachverhalt ist schon aufgrund des Umstandes, dass sowohl Frau als auch Herr G anlässlich der Ausfüllung der Personalblätter AS 4 und 5 die Wohnung des Berufungswerbers als ihre Wohnadresse angegeben hatten, und der diesbezüglich glaubhaften Angaben des Berufungswerbers und der Zeugin G als erwiesen anzusehen. Außerdem spricht auch der Umstand, dass sowohl der Zeuge Eltelby H als auch der Berufungswerber und Frau G übereinstimmend angegeben hatten, für die Annahme, dass 1.) Herr und Frau G nur für einige Tage auf Besuch gewesen waren, dass 2.) Frau G regelmäßig zu kurzen Besuchen in Wien ist, dass

3.) ihr Bruder aber den Berufungswerber nur in sehr großen Zeitabständen für einige Tage in Wien besucht. Im Übrigen stimmen die Aufzeichnungen in den Personenblättern, welche auf eine kurze Aufenthaltsdauer in Wien schließen lassen, mit den entsprechenden obausgeführten Feststellungen überein. In Anbetracht dieser offenkundigen langjährigen Nahebeziehung des Berufungswerbers zu Frau und Herrn G war in weiterer Folge auch den Ausführungen des Berufungswerbers zu folgen, wonach für den gegenständlichen Besuchszeitraum diese auf Kosten des Berufungswerbers verpflegt worden sind.

Ebenso ist unter Zugrundelegung dieses Sachverhalts dem Berufungswerber zu folgen, dass er für seine Unterstützungsleistungen kein Entgelt verlangt hatte und die Beherbergung und Verköstigung von Frau G wie auch ihres Bruders Grzegorz G nicht aus dem Grund, damit diese in der gegenständlichen Pizzeria Dienstleistungen erbringen, erfolgt ist. Entsprechend der allgemeinen Lebenserfahrung kann bei Berücksichtigung dieser Umstände den Angaben des Berufungswerbers und denen von Frau G gefolgt werden, wonach Frau G für keine der von ihr erbrachten Leistungen, wie etwa auch die Reinigung der gemeinsamen Wohnung oder auch die gegenständliche Kaffeezubereitung, ein Entgelt erhalten bzw. beansprucht hatten bzw. dass der Berufungswerber erwarten konnte, dass sie einen Entgeltanspruch dafür geltend machen wolle, und dass zwischen dem Berufungswerber und Frau G zumindest konkludent vereinbart worden ist, dass sie für Leistungen, welche sie im Zuge ihres Wienaufenthaltes für den Berufungswerber erbringt, nicht entlohnt wird. Es muss daher jedenfalls von einer konkludent vereinbarten Unentgeltlichkeit der von Frau G erbrachten Leistungen ausgegangen werden. Dies entspricht in Anbetracht des Umstandes, dass diese seine Lebensgefährtin ist und noch dazu mit ihm in einer gemeinsamen Wohnung wohnt, wobei die Kosten der Verpflegung von ihm getragen werden, der alltäglichen Lebenserfahrung.

Auch ist unter Zugrundelegung der persönlichen Nahebeziehung von Herrn und Frau G zum Berufungswerber, der freundschaftlichen Unterstützungsleistungen des Berufungswerbers für diese (kostenlose Unterkunft und Verpflegung), der Aufzeichnungen in den Personenblättern und der glaubwürdigen und mit der alltäglichen Lebenserfahrung in Einklang stehenden Ausführungen des Berufungswerbers und der Zeugin Sylwia G als erwiesen anzusehen, dass die von Herrn G getätigte Arbeitsleistung (Abwasch von Geschirr) gefälligkeitshalber, unentgeltlich und ausdrücklich nicht in der Erwartung, für diese Leistungen entlohnt zu werden, erfolgt ist. Auch durfte der Berufungswerber infolge der zumindest konkludent zum Ausdruck gebrachten Unentgeltlichkeit der Hilfeleistungen von Herrn G erwarten, dass Herr G für diese Leistung keinen

Entgeltanspruch geltend machen wolle bzw. werde.

Festgestellt wird weiters, dass durch Frau G im Rahmen ihrer Lokalaufenthalte während ihres gegenständlichen Wienbesuchs keine Kunden der Pizzeria bedient worden sind. Es ist nämlich während des gesamten Beweisverfahrens kein Indiz hervorgekommen, dass Frau G über die gegenständliche Kaffeezubereitung hinaus im Lokal für irgend einen Kunden eine Leistung erbracht hatte. Die Aufzeichnungen betreffend der im Jänner 2004 erfolgten anonymen Anzeige sind jedenfalls nicht geeignet, solch eine Annahme als erwiesen anzusehen; dies schon deshalb, da nicht einmal erwiesen ist, ob jemals eine Kontrolle stattgefunden hat (ist doch ein Bericht über solch eine Kontrolle bislang nicht aufgefunden worden). Außerdem kann nicht als gesichert angenommen werden, dass die Beobachtungen des Gastes, wonach Herr und Frau G im Lokal Leistungen erbracht hatten, überhaupt den Tatsachen entsprechen. So kann weder eine mutwillig wahrheitswidrige Zeugenaussage noch eine Falschinterpretation des Verhaltens von Frau und Herrn G, welche sich ja im Lokal gleichsam wie zu Hause gefühlt haben dürften, ausgeschlossen werden. Außerdem ist aus der Anzeige nicht der Zeitpunkt der angeblichen Beschäftigung von Frau und Herrn G zu erschließen, sodass nicht einmal ein Widerspruch zu den Ausführungen des Berufungswerbers und Frau G betreffend der Aufenthalte von Frau und Herrn G in Wien erweisbar ist. Außerdem wäre selbst im Falle, dass beide im Jänner für die Gesellschaft eine Arbeitsleistung erbracht haben sollten, nicht davon auszugehen, dass sie deshalb am 9.3.2004 in einem formalen Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft gestanden waren. Nur in solch einem Fall wäre es in Anbetracht des

Naheverhältnisses zum Berufungswerber aber möglich, eine der Gesellschaft als solche nicht zuzurechnende zum Tatzeitpunkt (9.3.2004) erbrachte Arbeitsleistung als eine entgeltliche Leistung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses und nicht bloß als Gefälligkeitsdienst zu qualifizieren.

Festgestellt wird unter Zugrundelegung der übereinstimmenden Angaben des Berufungswerbers und der Zeugen Khalid A, Sylwia G, sowie Herr und Frau E, dass Frau Sylwia G die gegenständlich von der Meldungslegerin Frau M wahrgenommenen Tassen mit Kaffee zum ?Freundestisch" gebracht hat, und die Getränkebereitung auch ursprünglich (daher vor der Durchführung der Kontrolle) für an diesem Tisch befindliche Personen erfolgt ist. Unter Zugrundelegung der übereinstimmenden Angaben der Zeugen Khalid A, Frau Sylwia G, sowie Herr und Frau E kann nicht festgestellt werden, dass Frau G darüber hinaus an diesem Tag auch Kunden der Pizzeria bedient hatte. Der Umstand allein, dass Frau G auf dem Personenblatt ausgefüllt hatte, als Kellnerin ausgeholfen zu haben, vermag keinen ausreichenden Beweis für die Annahme zu bilden, dass diese auch Kunden des Lokals bewirtet hatte. So brachte selbst die Zeugin M vor, dass Frau G lediglich an den Freundestisch serviert und anlässlich ihrer Anhaltung gesagt hatte, dass sie nur unentgeltlich tätig gewesen sei. Auch gab die Zeugin M an, dass sie Frau G gesagt hatte, sie soll in der entsprechenden Rubrik ausfüllen, was sie unmittelbar vor ihrer Anhaltung gemacht habe. Dass insbesondere in Anbetracht dieser Vorgabe die Angabe, als Kellnerin geholfen zu haben, auch so verstanden werden kann, dass damit nur die gegenständlich wahrgenommene Hilfeleistung und keine darüber hinausgehende beschrieben werden sollte, liegt auf der Hand. Ebenso erscheint es nicht ausgeschlossen, dass Frau G in Anbetracht der mit der Anhaltung verbundenen Stresssituation und der Unmöglichkeit, sich in ihrer Muttersprache über die im Formular gewünschten Angaben zu informieren, irrtümlich angenommen hatte, dass sie als Chef den Lokalinhaber (und nicht jemanden, mit welchem sie einen Arbeitsvertrag geschlossen hatte) angeben solle. Die entsprechenden Angaben auf dem Formular stellen daher keinen sicheren Beweis für eine Bewirtung von Pizzeriakunden dar. Weiters ist bei Würdigung der übereinstimmenden und glaubwürdigen Angaben des Berufungswerbers und der einvernommenen Zeugen Khalid A, Herr und Frau E, Frau G, Tamara M, Jürgen B und Tanja Ga davon auszugehen, dass am Freundestisch damals ausschließlich gemeinsame Freunde des Berufungswerbers und Sylwia Barbara G' gesessen sind. Entsprechend der übereinstimmenden, glaubwürdigen und mit den Angaben der Zeugen Tamara M, Jürgen B und Tanja Ga nicht in Widerspruch stehenden Angaben des Berufungswerbers und der Zeugen Khalid A, Herr und Frau E und Sylwia Barbara G ist weiters als erwiesen anzusehen, dass der Berufungswerber mit Khalid A, Herr und Frau E, Sylwia Barbara G und Grzegorz G vor dem Kontrollzeitpunkt gemeinsam Mittag gegessen hatte. Das Mittagessen ist unter Zugrundelegung der glaubwürdigen Angaben der Zeugin E von dieser in ihrer Wohnung zubereitet und ins Lokal gebracht worden. Seitens des Berufungswerbers und seiner Mitgesellschafterin Frau G sind all diese Personen auf die Konsumation von Getränken eingeladen worden. Zum Kontrollzeitpunkt hatten diese bereits das Essen abgeschlossen. Entsprechend dieser Aussagen ist weiters davon auszugehen, dass nach Abschluss des Essens das Geschirr von Herrn Grzegorz G abgetragen worden ist und dass dieser daran anschließend dieses Geschirr in der Küche abgewaschen hat.

Aufgrund der unbestrittenen Ausführungen der Zeugin M ist davon auszugehen, dass Herr Grzegorz G zum Kontrollzeitpunkt in der Küche des gegenständlichen Gastgewerbetriebes mit dem Abwaschen von Geschirr beschäftigt gewesen ist. Bei Zugrundelegung der Angaben der glaubwürdigen Zeugen Khalid A, Herr und Frau E, Sylwia Barbara G steht fest, dass Herr Grzegorz G unmittelbar nach der Beendigung des gemeinsamen

Mittagessens das Geschirr der zum Mittagessen sich eingefunden habenden Gäste und das des Berufungswerbers und Frau Sylwia Barbara G' abgewaschen hatte.

In diesem Zusammenhang kann aus folgenden Gründen nicht festgestellt werden, ob es sich bei diesem Geschirr auch um ein solches handelte, das nicht zuvor von den gemeinsamen Freunden des Berufungswerbers und Frau G's benutzt worden war:

Der Umstand allein, dass Herr G auf dem Personenblatt ausgefüllt hatte, als Koch tätig gewesen zu sein, vermag für sich allein keinen ausreichenden Beweis für die Annahme zu bilden, dass dieser auch das Geschirr von Kunden des Lokals abgewaschen hatte. Auch gab die Zeugin Ga an, dass sie Herrn G gesagt hatte, sie soll in der entsprechenden Rubrik ausfüllen, was er unmittelbar vor seiner Anhaltung gemacht habe. Dass insbesondere in Anbetracht dieser Vorgabe die Angabe, als Koch tätig gewesen zu sein, auch so verstanden werden kann, dass damit nur die gegenständlich wahrgenommene Hilfeleistung und keine darüber hinausgehende beschrieben werden sollte, liegt auf der Hand, zumal für einen der deutschen Sprache nicht besonders mächtigen ?Koch" auch ein Überbegriff für alle in einer Küche zu tätigenden Arbeitsleistungen, daher auch von Abwaschleistungen, verstanden werden kann. Ebenso

erscheint es nicht ausgeschlossen, dass Herr G in Anbetracht der mit der Anhaltung verbundenen Stresssituation und der Unmöglichkeit, sich in seiner Muttersprache über die im Formular gewünschten Angaben zu informieren, irrtümlich angenommen hatte, dass er als Chef den Lokalinhaber (und nicht jemanden, mit welchem er einen Arbeitsvertrag geschlossen hatte) angeben solle. Die entsprechenden Angaben auf dem Formular stellen daher keinen sicheren Beweis für eine Abwaschtaigkeit von Kundengeschirr dar.

Da von der Zeugin M offenkundig nicht eine ungewöhnlich große Anzahl von ungewaschenem Geschirr in der Küche wahrgenommen worden war, und diese auch angab, dass das gewaschene Geschirr lediglich an einer Seite der Abwasch abgelegt gewesen war, wird festgestellt, dass Herr G jedenfalls nicht mehr als nur für eine relativ kurze Zeit auch nicht vom „Freundestisch“ (vgl. die übereinstimmenden Angaben des Berufungswerbers und aller Zeugen) stammendes Geschirr abgewaschen hatte. Auch ist auf Grund des bei Zugrundelegung der Angaben des Berufungswerbers und der einvernommenen Zeugen Eltelby H, Khalid A, Herr und Frau E, Frau G sehr seltenen Aufenthalts von Herrn G in Wien und in Anbetracht des Umstandes, dass dieser laut den Angaben dieser Zeugen nur über wenige Tage in Wien gewesen war, davon auszugehen, dass von diesem, wenn, dann nur am 8.3.2004 zwischen 12.00 und 15.00 Uhr und allenfalls am 9.3.2004 etwa um 13.30 Uhr, gefälligkeitshalber Geschirr von Pizzeriakunden abgewaschen worden ist (vgl. diesbezüglich die Angabe im Personalblatt, wonach er lediglich auch am Vortag dem Berufungswerber geholfen haben soll). Im Übrigen kann auch nicht ausgeschlossen werden, ob Herr G nicht auch am 8.3.2004 den Berufungswerber lediglich in privaten Angelegenheiten, z.B. beim Kochen von ihm und seiner Freundin allein, geholfen hatte. Jedenfalls kann aus den Angaben noch nicht erschlossen werden, dass Herr G am 8.3.2004 mit Sicherheit Leistungen für Kunden der Pizzeria erbracht hatte. Weiters wird festgestellt, dass am Tattag eine Beschäftigung von Frau Sylwia Barbara bzw. Herrn Grzegorz G durch die gegenständliche Gesellschaft nicht erforderlich war. Dies einerseits deshalb, da der gegenständliche Betrieb als eher klein einzustufen (6 bis 7 Vierpersonentische) ist und sich an diesem Tag weder vor noch während noch nach der gemeinsamen Mahlzeit viele Kunden im Lokal befunden hatten, sodass davon ausgegangen werden kann, dass der Berufungswerber ohne weiteres in der Lage gewesen ist, am Kontrolltag die in der Pizzeria notwendigen Leistungen alleine zu erbringen. Weiters befand sich zum Kontrollzeitpunkt im Lokal auch Herr E, welcher bereits vor dem Kontrolltag wie auch unmittelbar danach durch die Gesellschaft als Koch beschäftigt worden ist, sodass im Falle eines größeren Arbeitsaufwands infolge eines höheren Kundenbesuchs bzw. infolge mehrerer Kundenbestellungen wohl naheliegenderweise dieser zur Erbringung von Leistungen für Kunden herangezogen worden wäre. Sollte man zudem der Argumentation des Hauptzollamts folgen, müsste insbesondere aufgrund der vom Berufungswerber und von Herr E nicht nachvollziehbar relativierten Wahrnehmungen der Zeuginnen M und Ga davon ausgegangen werden, dass am 10. März 2004 durch die gegenständliche Pizzeria sowohl Herr E wie auch Herr Ta beschäftigt worden sind. In Anbetracht des offenkundig äußerst geringen Geschäftsbetriebes erschiene in diesem Fall die zusätzliche Beschäftigung von zwei weiteren Arbeitskräften, nämlich von Frau Barbara bzw. Herrn Grzegorz G, höchst widersinnig.

Festgestellt wird aufgrund dieser Annahmen weiters, dass die gegenständlichen Leistungen von Frau Sylwia Barbara bzw. Herrn Grzegorz G nicht gegenüber Kunden der Pizzeria erbracht worden sind und kann nicht davon ausgegangen werden, dass ihre bzw. seine Anwesenheit auch nur unter anderem dem Zweck gedient hatte, Kundendienstleistungen in der Pizzeria zu erbringen. Zudem sieht es der erkennende Senat als erwiesen an, dass durch dieses gemeinsame Essen und die Getränkeeinladung weder ein Werbezweck für die Gesellschaft (den Gastgewerbebetrieb) verfolgt worden ist, noch dass diese Einladung faktisch irgendeinen Nutzen für die Gesellschaft (den Gastgewerbebetrieb), wie etwa eine potentielle Erhöhung zukünftiger Betriebseinnahmen bzw. die potentielle Verringerung zukünftiger Betriebsaufwendungen, bewirkt hat.

Zu diesen Feststellungen gelangte der erkennende Senat zudem auf Grund nachfolgender Überlegungen:

Schon auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung, wonach eine Lebensgefährtin und ihr Bruder grundsätzlich unentgeltlich von deren Lebensgefährten in seiner Wohnung aufgenommen und verköstigt werden, war den entsprechenden glaubwürdigen Ausführungen des Berufungswerbers zu folgen und sohin auch von einer zumindest konkludent vereinbarten Unentgeltlichkeit der gegenständlichen Leistungen auszugehen. Die Unentgeltlichkeit der von Frau G erbrachten Leistungen ist zudem auch deshalb anzunehmen, da diese als für einen Gewinnanteil von 40 % berechtigte Gesellschafterin wohl berechtigt ist, eigene Freunde unentgeltlich im Lokal zu bewirten. Im Übrigen entspricht es der alltäglichen Lebenserfahrung, dass mit jemanden nicht ein Arbeitsvertrag zum Zwecke der unentgeltlichen Bewirtung der persönlichen Freunde dieses Arbeitnehmers auf Kosten des Dienstgebers

abgeschlossen wird. Dass Frau G aber über Bedienungsleistungen für ihre Freunde hinaus auch Leistungen für Kunden der Pizzeria erbracht hatte, ist weder hervorgekommen noch notwendig anzunehmen, zumal der Berufungswerber doch am gegenständlichen Tag in der Pizzeria anwesend gewesen ist und er in Folge der relativ kleinen Betriebsgröße wohl durchaus in der Lage gewesen ist, auch alleine die notwendigen Leistungen für die Kunden zu erbringen.

Auch auf Grund der Angaben der Zeuginnen M und Ga muss davon ausgegangen werden, dass auf dem der Küche nächstgelegenen Tisch gemeinsame Freunde des Berufungswerbers und Frau G's gesessen sind. Zudem stimmen diese Angaben mit denen der Zeugen Eltelby H, Khalid A, Herr und Frau E und Frau G wie auch des Berufungswerbers überein. In Anbetracht dieser Feststellungen besteht daher kein Anlass, den Ausführungen der Zeugen Khalid A, Herr und Frau E und Frau G und des Berufungswerbers, wonach die am Tisch befindlichen Personen von Frau G wie auch vom Berufungswerber zu einem freundschaftlichen Mittagessen zusammen gekommen waren und zur Konsumation von Getränken eingeladen worden seien, nicht zu folgen. Dies auch deshalb, da es durchaus üblich ist, Freunde, insbesondere wenn einer dieser Freunde das Mittagessen eingekauft und gekocht hat, zur Konsumation von Getränken einzuladen.

Auch entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Einladungen im Freundeskreis grundsätzlich auf Grund der freundschaftlichen Bande und nicht zum Zwecke der Gewinnmaximierung eines eigenen Unternehmens erfolgen. Im Übrigen muss davon ausgegangen werden, dass die Freunde eines Pizzeriahabers wissen, dass dieser einen Pizzeriabetrieb führt, und daher nicht durch Gratisangebote angelockt werden müssen. Da die Zeuginnen M und Ga angegeben hatten, dass die gegenständlichen Kaffeetassen entweder zum ?Freundestisch" oder zum nächstgelegenen Tisch serviert worden sind, besteht auch kein Anlass den übereinstimmenden Angaben des Berufungswerbers und der Zeugen Khalid A, Herr und Frau E und Frau G und des Berufungswerbers keinen Glauben zu schenken, wonach diese Kaffees von Frau G zum Freundestisch getragen worden sind.

In Anbetracht all dieser Umstände und des Kontrollzeitpunkts um

13.30 Uhr erscheint es durchaus naheliegend, dass einer der gratis Bewirteten aus freien Stücken bereit war, das gemeinsam benützte Geschirr abzuwaschen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Zeugin E wie auch des Berufungswerbers und der

einvernommenen Zeugen Khalid A, Herr E und Frau G erscheinen daher durchaus schlüssig und glaubwürdig.

Da es aber durchaus möglich ist, dass zum damaligen Zeitpunkt auch sonstiges Geschirr in der Küche unabgewaschen gestanden ist, und es zudem der alltäglichen Lebenserfahrung entspricht, dass man im nächsten Freundeskreis, insbesondere nach einer erfolgten Essenseinladung, gefälligkeits- bzw. dankshalber den Gastgeber unterstützen will, kann angenommen werden, dass Herr G auch bereit gewesen war, nicht bloß vom Freundestisch stammendes Geschirr abzuwaschen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass von Herrn G in geringem Ausmaß auch nicht vom Freundestisch stammendes Geschirr abgewaschen worden ist. Eine derartige Feststellung ist aber bei Berücksichtigung der eindeutigen Angaben des Berufungswerbers und der Zeugen Sylwia G, Khalid A und Herrn und Frau E und dem Umstand, dass Frau M keine ausreichend detaillierten Wahrnehmungen gemacht hatte, durch welche die Glaubwürdigkeit der Angaben der anderen obbezeichneten Zeugen in Zweifel gezogen werden müsste, nicht mit der erforderlichen Sicherheit möglich.

Rechtlich ist auszuführen:

Gemäß § 3 Abs 1 AuslBG in der im vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 126/2002 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. Gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG in der im vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 160/2002 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 Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 1.000,-- bis zu EUR 5.000,-- im Falle der

erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 2.000,-- bis zu EUR 10.000,-- bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 2.000,-- bis zu EUR 10.000,-- im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 4.000,-- bis zu EUR 25.000,--.

Zu Spruchpunkt 2 (angelastete bewilligungslose Beschäftigung von Frau Barbara Sylwia G):

Gemäß § 2 Abs 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs 5,

c)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

d)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBI. Nr. 196/1988. Gemäß § 2 Abs 4 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.

Eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder
2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25% Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden,

es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag fest, dass ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hiefür hat der Antragsteller zu erbringen.

Für die Beurteilung der Frage, ob Leistungen "typischerweise" in einem Arbeitsverhältnis erbracht werden, kommt es allein darauf an, ob die vom konkreten Gesellschafter in seinem Unternehmen ausgeübten Tätigkeiten solche sind, zu deren Verrichtung sich andere gleichartige Unternehmen in aller Regel Personen bedienen, die in einem Arbeitsverhältnis zu ebendiesen Unternehmen stehen (vgl. VwGH 5.11.1999, 98/19/0247). Der Zweck der Bestimmung des § 2 Abs 4 AuslBG ist die Verhinderung der Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch Gesellschafter einer Personengesellschaft bzw. einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil mindestens 25%, welche behaupten, dass die von ihnen erbrachte Arbeitsleistung für die Gesellschaft nicht im Rahmen eines Dienstvertrages erfolgte. Durch diese Regelung soll daher die Behörde der Verpflichtung der amtswegigen Ermittlung des wahren wirtschaftlichen Gehalts der erbrachten Arbeitsleistung in den näher bezeichneten Fällen, in welchen diese Ermittlung sehr häufig faktisch nicht möglich ist, entbunden werden. Der Zweck dieser Bestimmung ist daher mangels entsprechender Anhaltspunkte im Gesetz nicht bloß die Verhinderung der Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes aufgrund der Behauptung einer auf Grund einer gesellschaftsrechtlichen Konstruktion vereinbarten unselbstständigen Arbeitsleistung (a.A. Schärf D.);

Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG). Fremdengesetz (FrG);

Wien 2002, 7. Auflage; Rn 26), zumal in diesem Fall als Inhalt der gesetzlichen Vermutung nicht das Vorliegen einer Beschäftigung i. S.d. § 2 Abs 2 AuslBG", sondern "das Nichtvorliegen eines durch den Gesellschafter tatsächlich ausgeübten wesentlichen Einflusses auf die Geschäftsführung" normiert worden wäre.

Nach Ansicht des erkennenden Senates wird durch § 2 Abs 4 AuslBG eine - nur durch eine erfolgte Feststellung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice i.S.d. § 2 Abs 4 letzter Halbsatz des zweiten Satzes AuslBG widerlegliche (vgl. VwGH 29.1.2000, 98/09/0283; 27.2.2003, 2000/09/0188) - gesetzliche Vermutung für das Vorliegen einer Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs 2 AuslBG normiert. Bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Annahme dieser

gesetzlichen Vermutung ist daher das Vorliegen einer Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs 2 AuslBG anzunehmen, selbst wenn aufgrund des tatsächlichen wahren wirtschaftlichen Gehalts der Arbeitsleistung tatsächlich nicht vom Vorliegen einer Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs 2 AuslBG (z.B. bei der Erbringung eines Gefälligkeitsdienstes durch einen Gesellschafter oder bei der Erbringung einer Arbeitsleistung durch einen Gesellschafter, welcher mit der Gesellschaft keinen Dienstvertrag geschlossen hat und welcher zudem einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung tatsächlich persönlich ausübt) auszugehen wäre. Im Umkehrschluss muss daher davon ausgegangen werden, dass hinsichtlich eines nicht über eine Bestätigung i.S.d. § 2 Abs 4 vorletzter Satz AuslBG verfügenden Gesellschafters einer Personengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung dann nicht vom Vorliegen der im § 2 Abs 4 AuslBG normierten gesetzlichen Vermutung des Vorliegens einer Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs 2 AuslBG auszugehen ist, wenn 1) im Falle eines Gesellschafters einer Personengesellschaft von diesem keine Arbeitsleistung zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks bzw. keine Arbeitsleistung für die Gesellschaft erbracht wird (Zi. 1), oder wenn 2) im Falle eines Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (mit einem Gesellschaftsanteil von weniger als 25%) von diesem keine Leistung für die Gesellschaft erbracht wird (Zi. 2). Ebenfalls ist im Umkehrschluss davon auszugehen, dass dann nicht vom Vorliegen de

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

© 2026 JUSLINE

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