

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/3/25 VGW-041/029/920/2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.03.2019

## Entscheidungsdatum

25.03.2019

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein

62 Arbeitsmarktverwaltung

## Norm

AuslBG §2 Abs1

AuslBG §2 Abs2

AuslBG §2 Abs4

AuslBG §3 Abs1

AuslBG §28 Abs1 Zlit. a

1. AuslBG § 2 heute
  2. AuslBG § 2 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
  3. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
  4. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
  5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
  6. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
  7. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
  8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
  9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
  10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
  11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
  12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
  13. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
  14. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
  15. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993
- 
1. AuslBG § 2 heute
  2. AuslBG § 2 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
  3. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
  4. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
  5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012

6. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
7. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
13. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
14. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
15. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 2 heute
2. AuslBG § 2 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
3. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
4. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
6. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
7. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
13. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
14. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
15. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
3. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
4. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
5. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
6. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
9. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
11. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
13. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
15. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
16. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
17. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 01.07.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
3. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
4. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
5. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
7. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
8. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007

9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
12. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
18. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
20. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
21. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
23. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

## Text

### IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schweiger über die Beschwerde des Herrn A. B., vom 08.01.2018, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 07.12.2017, Zl. ..., wegen Übertretung des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF. BGBl. I Nr. 72/2013 iVm § 3 leg. cit., nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Zitat der Übertretungsnorm nach „§ 3“ eingefügt wird: „Abs. 1“, im Zitat der Strafsanktionsnorm nach „Ziffer 1“ gestrichen wird: „lit. a“, und die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, idF BGBl. I Nr. 113/2015 anzuwenden sind.
- II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 600,- Euro zu leisten, d. s. 20% der verhängten Geldstrafe.
- III. Gemäß § 25a VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

### Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als Inhaber des protokollierten Einzelunternehmens A. B. zu verantworten, dass er als Arbeitgeber am 2.9.2016, in seinem Gastgewerbebetrieb am Standort Wien, C.-straße, den Ausländer D. E., geboren ..., bosnischer Staatsbürger, als Kellner beschäftigt habe – Herr D. E. sei beim Servieren von Getränken und beim Abservieren von Gläsern im Gastgarten und beim Abwaschen im Küchenbereich angetroffen worden -, obwohl für diesen weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden war und dieser auch keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ und keine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“, „Aufenthaltsberechtigung plus“ Betreuungsschein oder Aufenthaltstitel „Familienangehörige“ oder „Daueraufenthalt – EG“ besessen habe.

Wegen Übertretung des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 AuslBG wurde deswegen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a zweiter Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe von EUR 3.000,-, Ersatzfreiheitsstrafe im Fall der Uneinbringlichkeit von 3 Tagen, verhängt und wurde ein Kostenbeitrag gemäß § 64 VStG von EUR 300,- vorgeschrieben.

Gegen das Straferkenntnis hat der Beschuldigte form- und fristgerecht die verfahrensgegenständliche Beschwerde erhoben, in der er im Wesentlichen vorbringt, Herr E. sei niemals von ihm beschäftigt worden, sondern als Gast in seinem Lokal gewesen. Die Anzeige stütze sich allein auf Behauptungen der Finanzpolizisten. Die mehr als 10 im Lokal damals anwesend gewesen Gäste seien nicht befragt worden. Seine Wohnung befinde sich neben dem Lokal und von diesem ohne das Lokal über die Straße verlassen zu müssen über den Notausgang durch das WC zu erreichen. Er sei „für paar Sekunden“ nicht im Lokal gewesen, dies hätten die Finanzpolizisten, die das Lokal schon länger beobachtet

hätten, „ausgenützt“. Die Anzeige enthalte eine absichtlich falsche Darstellung des Geschehenen.

Dem Verfahren liegt ein Strafantrag der Finanzpolizei zugrunde, wonach am 2.9.2016, gegen 15:55 Uhr, im Cafe-Bar, A. B. e. U., in Wien, C.-straße, eine männliche Person beobachtet worden sei, die im Gastgarten Getränke serviert habe und Gläser abserviert habe. Beim Betreten des Lokals sei diese Person im Küchenbereich beim Abwaschen von Gläsern angetroffen worden. Da sich die Person geweigert habe, sich zu legitimieren, sei die Polizei verständigt worden. In der Folge sei der Beschwerdeführer im Lokal erschienen, welcher bestritten habe, dass die Person arbeite und behauptet habe, es handle sich um einen Gast. Die Identität der Person sei als D. E., geb. ... festgestellt worden, für dessen Beschäftigung zur Zeit der Kontrolle keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorgelegen sei.

In gegenständlicher Beschwerdesache wurde vor dem Verwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. An der Verhandlung hat der Beschwerdeführer persönlich teilgenommen und sich zum Tatvorwurf gerechtfertigt. Weiters hat eine Vertreterin der Amtspartei an der Verhandlung teilgenommen. In der Verhandlung wurden die Zeugen F., G., H. und J. sowie K. und L. einvernommen. Herr D. E. konnte nicht befragt werden, zumal über diesen laut Abfrage des Verwaltungsgerichts Wien keine Daten im Zentralen Melderegister aufschienen.

Nach Durchführung des Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Der Beschwerdeführer hat am 2.9.2016 als Einzelunternehmer am Standort Wien, C.-straße, einen Gastgewerbebetrieb betrieben. Das Lokal (Ecklokal) umfasst etwa 40 m<sup>2</sup> und 16 Verabreichungsplätze sowie einen Gastgarten in der Parkspur der M.-gasse an deren Einmündung in die C.-straße. Es gibt keine Küche. Das Lokal ist täglich von 6 bis 24 Uhr geöffnet. Während der Öffnungszeiten ist zumindest ein Kellner/Kellnerin im Dienst.

Am 2.9.2016 hat in diesem Gastgewerbebetrieb Herr D. E., geb. ..., der Staatsbürger von Bosnien und Herzegowina ist, im Gastgarten Getränke serviert und Gläser abserviert sowie im unmittelbaren zeitlichen Anschluss daran im Inneren des Lokals im Thekenbereich bei fließendem Wasser am Spülbecken mit Gläsern hantiert. Herr E. ist mit gefüllten Getränkegläsern vom Lokalinneren heraus in den Gastgarten gegangen und hat diese dort auf Gästetischen abgestellt. Beim anschließenden Hineingehen in den Innenraum des Lokals hat Herr E. leere Getränkegläser mit hinein genommen. Der Gastgarten war zu dieser Zeit nicht randvoll, aber gut besucht. Im inneren des Lokals waren ebenfalls Gäste an Gästetischen anwesend,

Für eine Beschäftigung des Herrn D. E. lag zum genannten Zeitpunkt keine der im § 3 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG genannten Bewilligungen oder Titel vor.

In der Beweiswürdigung waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Dass der Beschwerdeführer Lokalbetreiber war, die Art und Größe des Lokals sowie die Anwesenheit zumindest eines/r Kellners/Kellnerin während der Öffnungszeiten ergibt sich aufgrund der Angaben des Beschwerdeführers selbst.

Dass irgendein arbeitsmarktbehördlicher Titel bzw. Bewilligung iSd §§ 3 und 28 Abs. 1 Z 1 lit. AuslBG für die Beschäftigung des Ausländers zum fraglichen Zeitpunkt vorgelegen wäre, wurde vom Beschwerdeführer nicht einmal behauptet, sondern vielmehr bestritten, dass Herr E. Arbeitnehmer gewesen sei. Ausgehend davon kann als unstrittig festgestellt werden, dass zur Tatzeit kein arbeitsmarktbehördlicher Titel bzw. Bewilligung iSd §§ 3 und 28 Abs. 1 Z 1 lit. AuslBG für die Beschäftigung des Ausländers vorlag.

Die Zeugin K. und der Zeuge L. (Kontrollorgane der Finanzpolizei) haben in der mündlichen Verhandlung einen verlässlichen, erfahrenen und vertrauenswürdigen Eindruck vermittelt. Sie haben die an sie gestellten Fragen ruhig und bestimmt sowie augenscheinlich anhand ihrer noch bestanden haben Erinnerungen an die gegenständliche Amtshandlung beantwortet. Die Angaben sind in sich schlüssig und sind diese anhand der allgemeinen Lebenserfahrung zwanglos nachvollziehbar.

Den beiden Kontrollorganen der Finanzpolizei ist ohne Einschränkungen zuzubilligen, richtig zu erkennen und wiederzugeben, dass bzw. welche konkreten Verrichtungen eine von ihnen im Gastgarten, aber auch im Gastraum im Inneren des vom Beschwerdeführer betriebenen Lokales wahrgenommene Person durchgeführt hat. Insbesondere kann den Kontrollorganen aufgrund ihrer dienstlichen Erfahrung im Bereich der Kontrolle von unter anderem Gastgewerbebetrieben jedenfalls zugetraut werden zu erkennen und aus dem Gesamtbild des wahrgenommenen Sachverhaltes richtig zu beurteilen, ob bzw. dass eine Person im Lokal ein berufstypisches Verhaltensmuster einer

Servierkraft an den Tag legt. Dies umso eher als es, wie die tägliche Lebenserfahrung zeigt, jedermann unschwer und zweifelsfrei möglich ist, bei Betreten eines Lokales (als Gast, der beabsichtigt eine Konsumation zu tätigen) unter einer bisweilen Vielzahl von im Lokal anwesenden Personen zu erkennen, welche dort als Servierkraft bzw. Kellner tätig ist, um bei dieser Person in der Folge eine Bestellung zu tätigen.

Anhand der örtlichen Gegebenheiten erscheint es auch durchaus nachvollziehbar, dass die Kontrollorgane Herrn D. E. bei den beschriebenen Tätigkeiten im Gastgarten (Bringen von gefüllten Gläsern, Abräumen leerer Gläser) bereits vor Beginn der eigentlichen Kontrolle im Lokal aus dem abgestellten Fahrzeug der Kontrollorgane heraus beobachten konnten, liegt doch der zum Lokal gehörige Gastgarten in der Parkspur der M.-gasse (Einbahn mit Parkspur an beiden Seiten) an der Einmündung der M.-gasse in die C.-straße und ist dieser Gastgarten frei einsehbar und hatten die Kontrollorgane ihr Fahrzeug in der M.-gasse abgestellt gehabt.

Beide Kontrollorgane haben übereinstimmend geschildert, dass Herr E. mit gefüllten Getränkegläsern aus dem Innenraum des Lokals an die Gästetische im Gastgarten gebracht und dort vor an den Gästetischen sitzenden Personen abgestellt hat, und hat insbesondere der Zeuge L. dezidiert ausgeschlossen, dass Herr E. sich selbst an einen Gästetisch gesetzt habe, um in der Folge das von ihm zuvor aus dem Lokal heraus gebrachte Getränk im Gastgarten selbst zu konsumieren.

Weiters erscheint die Schilderung des Sachverhaltes durch die Kontrollorgane auch dahingehend lebensnah und nachvollziehbar, wenn diese davon berichteten, dass Herr E. leere Getränkegläser von den Gästetischen im Gastgarten abgeräumt und ins Lokal gebracht habe und dieser im Zuge der Minuten später durchgeführten Kontrolle im Inneren des Lokales an der Spüle im Thekenbereich mit Getränkegläsern hantiert habe. Dahingestellt bleiben kann in diesem Zusammenhang der Einwand des Beschwerdeführers, dass in seinem Lokal ein Geschirrspüler zur Verfügung stehe und Gläser nicht händisch abgewaschen werden müssten, zumal der vom Beschwerdeführer behauptete Umstand nicht zwingend ausschließt, dass Getränkegläser dennoch händisch gewaschen oder zumindest, bevor sie im Geschirrspüler gewaschen werden, händisch abgespült werden. Aus diesem Einwand des Beschwerdeführers ergeben sich somit keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Kontrollorgane K. und L..

Hinsichtlich der Zeugin H. fällt auf, dass diese bei ihrer Befragung zwar angab, gesehen zu haben, dass Herrn E. im Innenraum des Lokals an der Theke und ein Getränk konsumiert habe und „nichts“ gemacht habe, und dass der Chef, gemeint der Beschwerdeführer, sich abwechselnd im Lokal und im Gastgarten aufgehalten habe. Im Widerspruch dazu konnte sie jedoch weder den Zeitraum angeben, indem sie sich im Lokal aufgehalten hat, noch welches Getränk Herr E. oder auch sie selbst in dieser Zeit konsumiert hätten. Hinzu kommt, dass die Zeugin sich selbst nur im Inneren des Lokals aufgehalten hat, und schon aus diesem Grund keine Wahrnehmungen bezüglich einer im Gastgarten ausgeübten Kellnertätigkeit des Herrn E. haben konnte.

Die Aussage des Zeugen F. steht wiederum im Widerspruch zu den Angaben des Beschwerdeführers, welche angab Kellnerinnen zu beschäftigen, während der Zeuge F. angab, im gegenständlichen Lokal, in dem er sich zur Kontrollzeit als Gast aufgehalten habe würden sich die Gäste selber die Getränke holen. Von einem Selbstbedienungskonzept im gegenständlichen Lokal war aber seitens des Beschwerdeführers nie die Rede und wurden dazu auch keine Sachverhaltsbehauptungen erstattet. Dass Lokalgäste sich selbstständig Getränke an der Theke holen, steht jedenfalls mit der allgemeinen Lebenserfahrung in Widerspruch. Andererseits hat der Zeuge F. aber auch eingegeben, Herrn E. aufgefordert zu haben, für ihn und einen weiteren Lokalgast namens G. ein Glas Wasser zu holen. Hinsichtlich des von den Kontrollorganen beschriebenen Sachverhaltes, dass Herr E. mit mitgeführten Getränkegläsern vom Inneren des Lokales in den Gastgarten gekommen sei, hat der Zeuge ausweichend auf fehlende Erinnerung verwiesen. Dies im eklatanten Widerspruch zu seinen übrigen Antworten, bei denen der Zeuge sich durchaus detailreich an Einzelheiten des gegenständlichen Lokalbesuches erinnern wollte.

Leidlich abgesprochen wirkt diesbezüglich die Aussage des Zeugen G., der ebenso wie der Zeuge F. schilderte, wie es dazu gekommen sein soll, dass sich Herr E. aus dem Lokal-Innenraum selbst ein Glas Wasser geholt habe, weil der Beschwerdeführer, der „kellnert“ habe, müde gewesen sei, wobei dennoch eine Divergenz im Detail zutage tritt, insofern nämlich F. davon sprach, dass E. für ihn (F.) und G. zum Wasser holen geschickt wurde, während G. wissen wollte, dass E. für sich selber Wasser geholt habe. Jedenfalls räumt der Zeuge G. ein, mit der Kontrolle nichts zu tun gehabt zu haben, sondern von seinem Bekannten F. ersucht worden zu sein, zu bezeugen dass E. an einem Tisch gesessen sei.

Schließlich hat auch der Zeuge J. berichtet, Herrn E. am Tag der Kontrolle an einem Tisch im Gastgarten sitzend beobachtet, hingegen aber nicht gesehen zu haben, dass Herr E. serviert habe. Sein Bier habe der Zeuge beim Beschwerdeführer bestellt. Der Zeuge gab aber darüber hinaus auch an, als Stammgast des Lokals sagen zu können, dass es nicht üblich sei, dass sich er oder sonst jemand von den Gästen im Lokal selber ein Getränk nehme, dies weil niemand von den Gästen „hinter die Theke komme“.

Insgesamt erscheinen die Aussagen der Zeugen F., G., H. und J. hinsichtlich der Behauptung, Herr E. sei als Gast im Lokal an einem Tisch im Gastgarten gesessen und habe nicht serviert, bzw. der Beschwerdeführer sei im Lokal gewesen und habe die Gäste bedient, abgesprochen und von dem offensichtlichen Bestreben getragen, den Beschwerdeführer zu entlasten. Dies erscheint die konsequente Fortsetzung des bereits an Ort und Stelle während der Kontrolle gesetzten Verhaltens der offenkundigen Stammgäste des Lokales, welche sich lautstark und energisch der Kontrolltätigkeit der Kontrollorgane der Finanzpolizei entgegenstellten, um – aus ihrer Sicht – den Beschwerdeführer zu schützen. Abgesehen von diesen als abgesprochen erachteten Angaben wurden bisweilen divergierende sowie überhaupt keine konkreten Antworten gegeben.

Nicht zuletzt ergibt sich hier aber ein Widerspruch zum Beschwerdevorbringen, wonach der Beschwerdeführer zurzeit der Kontrolle nicht im Lokal, sondern in seiner im selben Haus befindlichen Wohnung gewesen sei.

Dieser in der Beschwerde behauptete Sachverhalt steht durchaus schlüssig mit dem Umstand in Einklang, dass der Beschwerdeführer erst nachdem die Kontrolle im Lokal bereits im Gang war vor den Kontrollorganen im Lokal erschienen ist. Aufgrund der räumlichen Nähe ist es dabei weiters nur folgerichtig, dass der Beschwerdeführer innerhalb von Minuten zur Kontrolle hinzukam, während sich bereits die (Stamm-)Gäste des Lokals über die durchgeführte Kontrolle alterierten.

Zumal die Angabe des Beschwerdeführers durchgehend von 6-24 Uhr täglich im Lokal zu arbeiten in keiner Weise plausibel ist, erscheint es naheliegend und lebensnah, dass zumindest aushilfsweise in jenen Zeiträumen, in denen sich der Beschwerdeführer, also der „Chef“, in seine nahe dem Lokal befindliche Wohnung zurück gezogen hatte, im Lokal eine Servierkraft beschäftigt wurde, wie z. B. im hier gegenständlichen Fall der bei ebensolchen „Kellnertätigkeiten“ beobachtete bzw. Herr E.,

Wenn der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren vorbrachte, seine Beschwerdeausführungen entsprechen nicht den Tatsachen (im Zusammenhang mit der Frage ob er sich nun in der Wohnung oder im Lokal aufgehalten habe) weil er die Beschwerde nicht selbst geschrieben habe, ist dies zum einen nicht naheliegend, weil zu erwarten ist, dass jene Person, die für ihn den Beschwerdeschriftsatz verfasst hat, die relevanten Informationen vom Beschwerdeführer erhalten hat. Wenn dem nicht so ist, können die schriftlichen Beschwerdebehauptungen und damit auch die im Verfahren sonst vorgebrachten Behauptungen des Beschwerdeführers als beliebig und ausschließlich von dem Bestreben getragen erachtet werden, den Beschwerdeführer ohne Rücksicht auf den Wahrheitsgehalt seiner Behauptungen vor einer Bestrafung zu schützen.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt:

Gemäß § 28 Abs. 1 AuslBG BGBl. Nr. 218/1975 in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl. I Nr. 113/2015 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, 1. wer a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, (...) bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro.

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 oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-

Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Gemäß § 2 Abs. 1 AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, (...).

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei der Tätigkeit eines Kellners in einem Gastwirtschaftsbetrieb der Fall ist), dann ist von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Ist solcherart von einem Dienstverhältnis auszugehen, dann ergibt sich der Entgeltanspruch - sofern dieser nicht ohnehin in Kollektivverträgen oder Mindestlohntarifen geregelt ist - im Zweifel aus § 1152 ABGB (vgl. VwGH 08.08.2008, 2008/09/0119; 09.10.2006, 2005/09/0086; 03.11.2004, 2001/18/0129).

Der Ausländer E. wurde bei für eine Kellertätigkeit charakteristischen Tätigkeiten angetroffen, nämlich beim Servieren von Getränken an Gästetische im Gastgarten, beim Abräumen von leeren Gläsern von ebendiesen Gästetischen sowie beim Spülen von Gläsern hinter der Theke. Der Thekenbereich ist im Allgemeinen und (wie der Zeuge J. auch bestätigte) im gegenständlichen Lokal für Gäste nicht zugänglich. Ob in diesem Zusammenhang der Beschwerdeführer als „Chef“ des Lokals auch selbst Gäste bediente oder allenfalls nur kassierte, kann insofern dahingestellt bleiben, als dieser Umstand an der festgestellten Kellnertätigkeit des Ausländers nichts ändert. Eine solche Tätigkeit wird jedoch, im Allgemeinen in einem abhängigen Arbeitsverhältnis durchgeführt und wurden im Verfahren keine atypischen Umstände offenbar, warum dies im geselligen Fall nicht der Fall gewesen sein sollte.

Die in der Verrichtung einfacher manueller Tätigkeiten bestehende Arbeitertätigkeit des Ausländers war denkmöglich nur im Rahmen einer vollständigen organisatorischen Einbindung in den Betriebsablauf des vom Beschwerdeführer beschriebenen Lokales möglich sowie nach Maßgabe dessen Weisungs- und Kontrollhoheit über den beschäftigten Ausländer. Die Tätigkeit des Ausländers kam dem Beschwerdeführer als Lokalbetreiber unmittelbar wirtschaftlich zugute und ergibt sich aufgrund kollektivvertraglicher Bestimmungen auch ein Entgeltanspruch des Ausländers gegenüber dem Beschwerdeführer als dessen Arbeitgeber.

Dadurch, dass der Beschwerdeführer als Einzelunternehmens am 2.9.2016, in seinem Gastgewerbebetrieb am Standort Wien, C.-straße, den Ausländer D. E., geboren ..., bosnischer Staatsbürger, als Kellner beschäftigt hat, ohne dass eine Bewilligung bzw. Titel gemäß § 3 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Ziffer 1 lit. a AuslBG vorlag, hat er den Tatbestand der ihm zur Last gelegt Verwaltungsübertretung erfüllt.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Diese Voraussetzungen treffen auf Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 AuslBG zu und wäre es mithin Sache des Beschwerdeführers glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft (VwGH, 29.04.2011, 2009/09/0037, mit Hinweis auf VwGH 30.01.2006, 2004/09/0222). Der Beschwerdeführer hat mit seinem, den Sachverhalt der Beschäftigung bestreitenden Vorbringen mangelndes Verschulden nicht glaubhaft gemacht. Die Tat wurde daher iSd § 5 Abs. 1 VStG fahrlässig begangen.

Zur Strafbemessung ergibt sich:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind gemäß § 19 Abs. 2 VStG überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß

des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Gebot des § 3 Abs. 1 AuslBG, ausländische Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung nicht zu beschäftigen, dient dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 2.12.1993, Zl. 93/09/0186). Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes ist, wie diese nicht zuletzt durch den oben angeführten Strafrahmen um Ausdruck kommt, hoch. Die Intensität der Beeinträchtigung erscheint trotz der nur kurzen Dauer der angelasteten unberechtigten Beschäftigung keineswegs unbedeutend, lag doch ein arbeitsmarktrechtlicher Titel für die Beschäftigung des Ausländers schlicht nicht vor.

Dass die Einhaltung der übertretenen Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Übertretung aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist weder hervorgekommen, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen.

Der Beschwerdeführer weist nach der Aktenlage bereits zwei Verwaltungsvorstrafen wegen gleichartiger Übertretungen auf, welche bereits vor der hier gegenständlichen Tat in Rechtskraft erwachsen waren und bis dato noch nicht getilgt sind. Bei der Strafbemessung war eine dieser einschlägigen Vormerkungen als strafsatzbestimmend, die weitere als erschwerend anzurechnen. Besondere Milderungsgründe sind nicht hervor gekommen. Die erst nach bzw. aufgrund der Kontrolle von Amts wegen erfolgte Anmeldung des Dienstnehmers für den Kontrolltag fällt nicht mildernd ins Gewicht.

Zumal gegenständlich eine wiederholte illegale Beschäftigung von Ausländern, und zwar in Bezug auf (in allen Fällen) einen Ausländer, vorliegt, war der Strafbemessung der zweite Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG (Geldstrafe von 2.000,-- bis 20.000,-- Euro) zugrunde zu legen. Für die Ersatzfreiheitsstrafe gilt gemäß § 16 Abs. 2 VStG ein Strafsatz bis zu zwei Wochen.

Sachverhaltsbezogen kann von einem beträchtlichen Übergewicht der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe keine Rede sein und ist der Beschuldigte auch kein Jugendlicher, sodass die Voraussetzungen für eine außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG nicht vorliegen.

Die von der Verwaltungsstrafbehörde im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens festgesetzte Strafe erscheint tat- und schuldangemessen und nimmt diese auf den kurzen Beschäftigungszeitraum und den erwähnten Erschwerungsgrund Bedacht. Nicht zuletzt erscheint die Strafe in der festgesetzten Höhe erforderlich, um dem Beschwerdeführer das Unrecht der Tat vor Augen zu führen und ihn in Hinkunft von weiteren Tatwiederholungen wirksam abzuhalten.

Die im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens bemessene Geldstrafe ist selbst bei allfällig geringer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Beschuldigten nicht überhöht.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung gründet sich im Wesentlichen auf die Würdigung der Beweise und Beurteilung im Einzelfall. Weder weic

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)