



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38690  
Telefax: (43 01) 4000 99 38690  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/003/3887/2016-2  
D. I.

Wien, 04.10.2016  
De

Geschäftsabteilung: VGW-L

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Wilfert über die Beschwerde der Frau D. I. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 04.02.2016, ZI. MBA ... - S 42166/15, wegen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

### Entscheidungsgründe

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführerin zur Last gelegt, sie habe es als Arbeitgeberin zu verantworten, dass sie am 12.06.2016 in ihrem Gastgewerbebetrieb in Wien, K.-straße, die serbischen

Staatsbürgerinnen, 1.) Frau N. K. und 2.) Frau M. P., ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen beschäftigt hat. Wegen Übertretungen des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG wurde über sie unter Anwendung des ersten Strafsatzes dieser Bestimmung zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils 2.400,00 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit zwei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils zwei Tagen und zwölf Stunden, verhängt.

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich vorliegende Beschwerde, in welcher die Beschwerdeführerin die Beschäftigung der verfahrensgegenständlichen Personen bestreitet und angibt, bei diesen Personen habe es sich nur um Gäste gehandelt.

Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt vorgelegt, zur Beschwerde jedoch keine Stellungnahme erstattet.

2. In der Angelegenheit fand am 29.06.2016 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt.

An dieser Verhandlung hat die Beschwerdeführerin sowie ein Vertreter der Abgabenbehörde als Partei teilgenommen, die belangte Behörde ist dieser Verhandlung ferngeblieben.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Verwaltungsakt, Einvernahme der Beschwerdeführerin sowie der Zeugen S. und U..

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mündlich verkündet.

3. Die Beschwerde ist begründet.

Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gründet sich auf eine Anzeige des Finanzamtes Wien ... vom 20.08.2015, wonach am 12.06.2015 der gegenständliche Gastgewerbebetrieb einer Kontrolle unterzogen worden sei. Beim Betreten des Betriebes seien zwei weibliche Personen hinter dem Tresen stehend wahrgenommen worden. Eine der beiden habe mehrere Packungen Zigaretten in der Hand gehalten, welche sie, als sie die Erhebungsorgane erblickte, fallen ließ. Bei Anmeldung der Kontrolle sei eine weibliche Person von

einem Gästetisch aufgestanden, zur Theke gekommen und habe sich als Inhaberin des Lokals, die nunmehrige Beschwerdeführerin, zu erkennen gegeben. Frau K. habe angegeben, eine Freundin der Inhaberin zu sein und diese habe sie gebeten, Gläser abzuwaschen. Frau P. habe angegeben, dass sie eine Bekannte der Inhaberin sei und bei ihr wohne.

In der öffentlich mündlichen Verhandlung gab die Beschwerdeführerin als Partei einvernommen an, sie betreibe in der K.-straße ein Kaffeehaus. Die Öffnungszeiten seien zwar von sechs bis zwei Uhr früh, doch habe sie, wenn sie alleine war, auch früher zugesperrt. Seit zweieinhalb Monaten habe sie eine Angestellte. Am Tag der Kontrolle habe sie im Lokal gearbeitet und habe auch die Geldbörse des Lokals bei sich gehabt. Frau K. sei die Tochter einer Freundin der Beschwerdeführerin. Sie habe Frau K. ersucht, die Gläser zu polieren und habe Frau P. Zigaretten holen geschickt. Wenn ihr Mann im Lokal anwesend war, habe auch dieser Gläser poliert. Einmal habe in diesem Zusammenhang auch eine Kontrolle stattgefunden. Frau P. sei auch die Tochter einer Freundin und sei nur zwei Tage in Österreich gewesen. Die zwei Tage habe sie bei der Beschwerdeführerin gewohnt. Diesen Sachverhalt könne Herr U., ein Nachbar vom Lokal, der bei der Kontrolle anwesend war, auch bestätigen.

Der Zeuge S., Erhebungsbeamter der Finanzpolizei, gab an, er habe die Kontrolle durchgeführt und beim Betreten des Lokals zwei junge Frauen hinter der Theke gesehen. Eine habe Gläser abgetrocknet, die andere habe mehrere Packungen Zigaretten in der Hand gehabt. Nachdem der Zeuge seinen Ausweis vorgezeigt hatte, habe die zweite Frau sofort die Zigarettenpackung fallen lassen und beide hätten hinter der Theke hervorkommen wollen. Es seien ca. zehn Gäste im Lokal gewesen, die Beschwerdeführerin sei ebenfalls anwesend gewesen und dürfte beim Betreten des Lokals an einem Tisch gesessen sein.

Die Angaben der verfahrensgegenständlichen Personen im Personenblatt wurden von der anwesenden Dolmetscherin übersetzt. Frau K. gab an, sie sei eine Freundin der Beschwerdeführerin. Sie sei mit ihr den ganzen Tag im Lokal gesessen. Sie sei ausschließlich ein Gast. Hinter der Theke sei sie gewesen, weil die Beschwerdeführerin sie gebeten habe, ihr Lieblingsglas abzuwaschen.

Frau P. gab an, sie sei ein Gast. Sie habe ihr Telefon hinter der Theke holen wollen. Es sei dort angesteckt gewesen, weil der Akku leer war.

Herr U. gab zeugenschaftlich an, er sei mit der Beschwerdeführerin nicht näher befreundet, sei aber Stammgast in dem Lokal. Er habe in der Nähe des Lokals ein Lager. Er sei bei der Kontrolle anwesend gewesen. Er könne mit Sicherheit ausschließen, dass die zwei Frauen dort gearbeitet haben. M. (P.) sei seinem Wissen nach nur für drei Tage in Wien gewesen. Sie sei in Deutschland gewesen und habe am 01.07.2015 in Serbien zu arbeiten anfangen sollen. Sie habe dann Probleme gehabt, weil man ihr aus Anlass der Kontrolle den Reisepass weggenommen hat und habe sie aber zu ihrem Kind und zu ihrer Arbeit nach Serbien wollen. Sie habe ihr Handy hinter der Theke aufladen wollen. Zuvor sei sie bei dem Zeugen am Tisch gesessen. Sie habe gerade ihr Handy angesteckt, da sei der Beamte gekommen und habe ein Packerl Marlboro light verlangt. M. habe das nicht verstanden und habe ihr die Beschwerdeführerin kurz zugerufen „Gib ihm Zigaretten“. Da habe der Beamte seinen Ausweis gezeigt. Frau K. sei auch vorher bei einem anderen Tisch gesessen und habe nur kurzfristig ausgeholfen die Gläser zu waschen und habe auch vorher dort nicht gearbeitet, gearbeitet habe ausschließlich die Beschwerdeführerin.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG in der im vorliegenden Fall anzuwendenden Fassung gemäß BGBl. I Nr. 25/2011 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ oder einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt -EG“ oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG idF BGBl. I Nr. 25/2011 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der

Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12 bis 12c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Rot-Weiß-Rot – Karte plus " (§ 41a NAG) oder ein Aufenthaltstitel " Daueraufenthalt -EG" ( § 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis ( § 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000,-- Euro bis zu 20.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000,-- Euro bis zu 50.000,-- Euro.

Der Begriff der Beschäftigung ist - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (VwGH vom 9.9.1997, 95/09/0338, und 26.8.1009, 96/09/0321, zum Ganzen: VwGH vom 14.11.2002, 2001/09/0175).

Eine Tätigkeit als Abwäscherin hinter der Theke bildet typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses, so dass von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen ist.

Nach Durchführung des Beweisverfahrens stehen einander die widerstreitenden Angaben der Beschwerdeführerin sowie des anzeigelegenden Zeugen gegenüber. Es ist zwar einzuräumen, dass die vom anzeigelegenden Zeugen geschilderten Wahrnehmungen durchaus dem Bild einer Beschäftigung der verfahrensgegenständlichen Personen in dem Lokal entsprechen können. Weiters ist einzuräumen, dass die Beschwerdeführerin selbst, im unmittelbaren persönlichen Eindruck, mit ihrer Erklärung der Anwesenheit der beiden Personen nicht zu überzeugen vermochte.

Dem steht aber gegenüber, dass der Zeuge U. im unmittelbaren Eindruck sachlich unbefangen und persönlich glaubwürdig wirkte, und keinen Anlass bot, an der Wahrheit und Richtigkeit seiner Aussage zu zweifeln. Seine glaubwürdige Aussage steht nicht nur der Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und diesen Personen entgegen, sondern lässt sie den Ablauf der Kontrolle in einem, in wesentlichen Punkten von der Darstellung des anzeigelegenden Zeugen abweichenden Licht erscheinen.

Nach Ausschöpfung aller Beweismittel und einer zusammenfassenden Würdigung der vorliegenden Beweisergebnisse können daher die der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nicht mit jener, für eine Bestrafung im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Gewissheit als erwiesen angesehen werden. Es war daher im Zweifel zugunsten der Beschwerdeführerin zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls

liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Wilfert