

# TE UVS Salzburg 2009/03/11 11/10975/7-2009nu

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.03.2009

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Salzburg erlässt durch das Einzelmitglied Mag. Peter Nußbaumer über die Berufungen des Herrn Ing. Reinhard N., O. Nr 212, vertreten durch die I. Rechtsanwälte GmbH, T., gegen die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft St. Johann i.Pg. vom 18.08.2008 und 13.10.2008, Zahlen 30406-369/34875-2008 und 30406-369/36604-2008, sowie der Berufung des Finanzamtes Salzburg-Land gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft St. Johann i.Pg. vom 18.08.2008, Zahl 30406-369/34875-2008, folgendes Erkenntnis:

I.

Gemäß § 66 Abs 4 AVG iVm § 24 VStG wird der Berufung des Finanzamtes Salzburg-Land gegen das Straferkenntnis vom 18.08.2008, Zahl 30406-369/34875-2008, teilweise Folge gegeben und der Strafausspruch mit der Maßgabe bestätigt, dass anstatt der jeweils zu 1. und 2. ausgesprochenen Geldstrafe eine solche von jeweils ? 2.500,--, Ersatzfreiheitsstrafe 72 Stunden, tritt. Die Strafnorm hat zu lauten: "§ 28 Abs 1 Z 1 zweiter Strafrahmen AuslBG, BGBl Nr 218/1975, idF BGBl I Nr 78/2007".

Im Übrigen wird die Berufung des Beschuldigten als unbegründet abgewiesen und der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses bestätigt.

II.

Gemäß § 66 Abs 4 AVG iVm § 24 VStG wird der Berufung des Beschuldigten gegen das Straferkenntnis vom 13.10.2008, Zahl 30406-369/36604-2008, keine Folge gegeben und der Spruch des angefochtenen Bescheides vollinhaltlich bestätigt.

Der Beschuldigte hat gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG neben dem Beitrag zum Verfahren erster Instanz einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von ? 292,-- zu leisten.

## Text

Begründung:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 18.08.2008, Zahl 30406- 369/34875-2008, wird dem Beschuldigten Folgendes zur Last gelegt:

"Angaben zu den Taten:

Zeit der Begehung: festgestellt am 26.5.2008 gegen 9:45 Uhr Ort der Begehung: H & M Verputz G.m.b.H., A. 27, K. Baust.: Fam. C., E. 405, L.

1. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das gemäß § 9(1) VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma H & M Verputz G.m.b.H. die Arbeitgeber ist zu verantworten, dass diese den ausländischen (Kroatien) StA B. Marinko, geb. xxx, i.o. angegebenen Betrieb zumindest am 26.5.2008 beschäftigt hat, obwohl hierfür weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine 'Niederlassungsbewilligung unbeschränkt' oder ein Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt-EG' oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt wurde.

2. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das gemäß § 9(1) VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma H & M Verputz G.m.b.H. die Arbeitgeber ist zu verantworten, dass diese den ausländischen (Kroatien) StA D. Jure, geb. xxx, i.o. angegebenen Betrieb zumindest am 26.5.2008 beschäftigt hat, obwohl hierfür weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine 'Niederlassungsbewilligung unbeschränkt' oder ein Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt-EG' oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt wurde.

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG wird festgestellt, dass die 'H & M Verputz G.m.b.H.' für die in der gegenständlichen Verwaltungsstrafsache verhängten Geldstrafe samt Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand haftet.

Sie haben dadurch folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

1. Übertretung gemäß § 9(1) VStG iVm §§ 28(1) Z.1 lit.a und 3 (1) AuslBG.
2. Übertretung gemäß § 9(1) VStG iVm §§ 28(1) Z.1 lit.a und 3 (1) AuslBG.

Deshalb werden gegen Sie folgende Verwaltungsstrafen verhängt:

1.

Strafe gemäß:

§ 28(1) Z.1 lit.a AuslBG

Euro

1500,00

Ersatzfreiheitsstrafe: 72 Stunden

2.

Strafe gemäß:

§ 28(1) Z.1 lit.a AuslBG

Euro

1500,00

Ersatzfreiheitsstrafe: 72 Stunden"

Das Finanzamt Salzburg-Land hat hiegegen rechtzeitig Berufung eingebracht wie folgt:

"Die Finanzbehörde beruft innerhalb offener Frist gegen oben angeführtes Straferkenntnis, eingelangt beim Finanzamt Salzburg-Land am 21.08.2008.

Antrag:

Das Finanzamt Salzburg-Land ersucht der Berufung stattzugeben und die beantragte Strafe zu verhängen.

Begründung der Berufung:

Das Finanzamt Salzburg-Land bringt das Rechtsmittel der Berufung ein und führt dazu aus, dass gemäß § 28 Abs.1 Z1 lit.a AuslBG bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis zu 20.000 Euro zu verhängen ist.

Es liegt ein (zu berücksichtigendes) rechtskräftiges Erkenntnis

2. Instanz des UVS Salzburg vom 01.07.2003 (Rechtskraftsdatum 02.10.2003), GZ UVS-11/10.426/9-2003, vor, weshalb im vorliegenden Fall der 2. Strafraum des § 28 Abs.1 Z1 lit.a AuslBG bei der Bemessung der Strafhöhe durch die Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau anzuwenden gewesen wäre."

Der Beschuldigte hat hiegegen durch seinen ausgewiesenen Vertreter ebenfalls rechtzeitig Berufung eingebracht wie folgt:

"In außen bezeichneter Verwaltungsstrafsache erhebt der Beschuldigte durch seine bereits ausgewiesenen Rechtsanwälte gegen den Bescheid der BH St. Johann/Pg. vom 18.8.2008, zugestellt am 21.8.2008 ? sohin innerhalb offener Frist ? nachstehende

Berufung

Der genannte Bescheid wird seinem gesamten Inhalt nach angefochten und seine Abänderung dahingehend beantragt, dass das vorliegende Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten eingestellt, in eventu der Beschuldigte abgemahnt, in eventu die Geldstrafe auf die halbe Mindeststrafe herabgesetzt wird. Zur Begründung wird vorgebracht wie folgt:

Mit dem belangten Bescheid hat die belangten Behörde den Beschuldigten gemäß § 28 (1) Z 1 lit a AuslBG zu einer Geldstrafe von zweimal ? 1.500,00 zuzüglich eines Kostenbeitrages iHv ?

300,00 ? Gesamtbelastung daher ? 3.300,00 ? verurteilt.

Die Behörde erster Instanz begründet ihre Entscheidung im wesentlichen damit, dass bei einer Kontrolle auf einer Baustelle in L. festgestellt wurde, dass zwei kroatische Staatsbürger von der H & M Verputz GmbH beschäftigt worden seien, ohne über eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung zu verfügen.

Der Vorarbeiter Josip D. habe als Auskunftsperson angegeben, dass die beiden angetroffenen Personen ? nämlich Herr Marinko B. und Herr Jure D. ? seit einer Stunde auf der Baustelle seien, die Arbeiten ca eine Woche dauern würden, eine Bezahlung noch nicht vereinbart sei und er weiters wisse, dass eine Anmeldung zur Sozialversicherung notwendig

sei.

Da dem Beschuldigten die Glaubhaftmachung bezüglich mangelnden Verschuldens an der zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nicht gelungen sei, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Diese Begründung der Behörde 1. Instanz hält einer näheren Überprüfung zweifelsohne nicht stand. Das angefochtene Straferkenntnis ist sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlich verfehlt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist folgendes festzuhalten:

Gemäß § 24 VStG 1950 gelten auch im Verwaltungsstrafverfahren die Vorschriften des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG), sofern sie durch den letzten Satz des § 24 VStG nicht ausdrücklich ausgenommen sind.

Gemäß § 58 (2) AVG 1950 sind Bescheide dann zu begründen, wenn dem Standpunkt der Partei (hier also des Beschuldigten) nicht vollinhaltlich Rechnung getragen wurde.

Gemäß § 60 AVG sind in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Nach gesicherter Judikatur (VwSlg 1559 A; 5817 A; 6787 A; 7022 A; ua) und herrschender Lehre (zB Mannlicher/Quell, Seite 318) ist die Pflicht zur Begründung eines der wichtigsten Erfordernisse eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Jede strittige Sach und Rechtsfrage von Relevanz soll in der Begründung eines Bescheides ausreichend beantwortet sein. Die Begründung eines Bescheides hat Klarheit über die tatsächlichen Annahmen der Behörde und ihre rechtlichen Erwägungen zu schaffen (VwGH, Erkenntnis vom 14.11.1947, Slg 206 A). Eine Begründung, die sich auf die Wiedergabe eines gesetzlichen Tatbestandes beschränkt, aber die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nicht im einzelnen darlegt und der sich daher nicht entnehmen lässt, auf Grund welcher Sachverhaltsannahmen die Behörde zu ihrem Ergebnis gelangt, ist unzulänglich (VwGH, Erkenntnis vom 24.01.1948, Slg 285 A).

Dabei ist die Behörde von der ihr gemäß § 58 AVG obliegenden Pflicht zur Begründung der Bescheide durch die Freiheit der Beweiswürdigung nicht enthoben. Es ist vielmehr ihre Pflicht darzutun, aus welchen Gründen sie bei widersprechenden Zeugenaussagen dazu gekommen ist, dem einen Zeugen mehr zu glauben als dem anderen (BHG, Erkenntnis vom 11.12.1935, A 786/35). Wenn die Behörde dem Vorbringen des Beschuldigten keinen Glauben schenkt, hat sie die Gründe für diese Beweiswürdigung auszuführen (VwGH, Erkenntnis vom 30.11.1948, Slg 606 A).

Daraus, dass freie Beweiswürdigung nicht mit Willkür gleichbedeutend ist, ergibt sich die Pflicht der Behörde, in ihren Entscheidungen die Erwägungen, von denen sie sich bei der Würdigung leiten ließ, zu begründen, das heißt, die Gedankengänge und Eindrücke aufzudecken, die dafür maßgebend waren, dass sie das eine Beweismittel dem anderen vorgezogen hat und eine Tatsache für wahr oder unwahr gehalten hat (VwGH, Erkenntnis vom 14.01.1952, Slg 2411 A).

Die Behörde erster Instanz geht bei ihrer Begründung des angefochtenen Bescheides zwar kurz auf die Stellungnahme des Beschuldigten ein, wonach es sich um kein Arbeitsverhältnis gehandelt hat, sie setzt sich mit den in dieser Stellungnahme vorgebrachten Argumente jedoch inhaltlich in keinsten Weise auseinander ? wenn man davon absieht, dass das Vorbringen lapidar als "Schutzbehauptung" qualifiziert wird. Auf die beantragte Einvernahme von Zeugen wurde in keinsten Weise eingegangen und übersieht sie hier offensichtlich, dass sie gemäß § 25 (2) VStG verpflichtet ist, die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen, wie die belastenden. Im Gegensatz zu dieser gesetzlichen Verpflichtung hat sich die Behörde erster Instanz mit den der Entlastung des Beschuldigten dienenden Umständen nicht auseinandergesetzt.

Entscheidet dafür, ob der Beschuldigte der "Arbeitgeber" iSd § 9 VStG war, ist, dass überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorlag. Nur in dem Falle wäre der Beschuldigte auch verpflichtet gewesen, Herr B. und Herr D. anzumelden. Im gegenständlichen Fall lag aber nie ein Arbeitsverhältnis vor, sondern hat der handelsrechtliche Geschäftsführer der G&D Verputz GmbH und Beschuldigte im Zuge eines "Vorstellungsgespräches" getestet, ob die beiden auf der Baustelle angetroffenen Herren überhaupt als Verputzer für das oben genannte Unternehmen in Frage kämen.

Gerade in diesem Zusammenhang sind der belangten Behörde bei ihrer Beweismwürdigung schwere Fehler unterlaufen: Wie der ? von der Behörde grundsätzlich richtig zitierte ? Vorarbeiter Josip D. angegeben hat, befanden sich die beiden angetroffenen Personen seit ca. einer Stunde auf der Baustelle, waren mit dem Firmenauto der angeführten Firma gekommen, war eine Bezahlung nicht vereinbart und sollten die Arbeiten der Firma (nicht der beiden kroatischen Staatsbürger!) ca. eine Woche dauern. All diese Tatsachen sprechen nun gerade nicht dafür, dass die beiden Personen entgegen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen beschäftigt wurden: Da die beiden angetroffenen Personen im Hinblick auf ein möglicherweise zukünftiges Arbeitsverhältnis nur probeweise getestet wurden, war es nur natürlich, dass sie sich noch nicht länger auf der Baustelle aufhielten. Da die beiden naturgemäß weder die Firma H & M Verputz GmbH, noch deren Baustellen kannten, war es notwendig, diese mit einem Firmenauto dieser Firma auf eine Baustelle zu bringen, um ihre Tauglichkeit in der Praxis überprüfen zu können (Im Übrigen ist es gerade in der Baubranche üblich, dass die auf den Baustellen eingesetzten Personen ? in welcher Funktion auch immer ? mit Firmenautos zu den Baustellen gebracht werden). Wenn Herr Josip D. ausgesagt hat, dass die Arbeiten noch ca. eine Woche dauern würden, so waren damit natürlich die Verputzarbeiten an dieser Baustelle gemeint und nicht die Beschäftigungsdauer der beiden Angetroffenen. Dass für jedwede legale Art der Beschäftigung Bewilligungen notwendig sind, ist allgemein bekannt und hat dies der Vorarbeiter naturgemäß auch so ausgesagt. Ein zukünftiges Arbeitsverhältnis, obwohl es konkret nicht bestand, zwischen einem potentiellen Dienstgeber (G&D Verputz GmbH) und einem potentiellen Dienstnehmer (B./D.) wurde auch nie ausgeschlossen. Das Testen ist quasi als Vorstellungsgespräch bzw. "Schnuppern" zu werten. (In Büros werden etwa kurze Texte diktiert um zu prüfen, ob ausreichende Schreibmaschinenkenntnisse vorliegen.)

Schon per definitionem (vgl. etwa Schwarz/Löschnigg, Kommentar zum Arbeitsrecht; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht; ua) liegt ein Arbeitsverhältnis nicht vor. Heutzutage ist es durchaus legitim und wird auch vielfach praktiziert, dass sich ein potentieller Dienstgeber die Arbeitsleistung/-fähigkeit eines potentiellen Dienstnehmers demonstrieren lässt um herauszufinden, ob besagter Dienstnehmer für die Arbeit überhaupt geeignet wäre. Das gilt selbstverständlich auch für die G&D Verputz GmbH. Außerdem bezeichnet schon der Strafbefehl selbst ein Faktum, dass gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und für das Vorliegen eines "Probearbeitens" spricht: die Entgeltlichkeit. Um ein Arbeitnehmer iSd ASVG zu sein, ist es notwendig, Entgelt zu beziehen; auf die faktische Beschäftigung alleine kommt es nicht an. Im konkreten Fall wurde aber noch keines vereinbart, was dafür spricht, dass es sich lediglich und wie schon vielfach angeführt um ein Probearbeiten gehandelt hat. Zur Klärung dieser Frage ist aber freilich die Einvernahme sämtlicher Zeugen notwendig, darum wird, da diese Beweisanträge im Verfahren erster Instanz unerledigt geblieben sind ? nochmals ausdrücklich beantragt, die Zeugen Mag. Diana F., Sonja Q., Michael G., Michael J. sowie Engelbert P. und Rudolf R. einzuvernehmen. Diese Umstände wurden anlässlich der damals durchgeführten Kontrolle nicht aufgenommen. Weiters wird beantragt, die Einvernahme des Zeugen Josip D. zum Beweis des bisherigen Vorbringens.

Nach gesicherter Judikatur kann die Behörde zwar Beweisanträgen, die ihr als unerheblich erscheinen, nicht stattgeben, sie muss jedoch in der Begründung des Bescheides ihre Erwägungen, die zur Annahme der Unerheblichkeit der angebotenen Beweismittel geführt haben, ausreichend darlegen (VwGH, Erkenntnis vom 11.07.1963, ZI 49/62; ua).

Entgegen diesen Verpflichtungen hat es die Behörde erster Instanz nicht einmal für notwendig gefunden, die Beweisanträge zu erwähnen, geschweige denn, irgendeine Begründung dafür zu geben, dass sie diesen Beweisanträgen nicht stattgibt.

Nach gesicherter Judikatur sind bei der Beweiswürdigung folgende Grundsätze zu beachten:

Die Behörde kann die Aufnahme eines Beweises von vornherein nur dann ablehnen, wenn er objektiv gesehen nicht geeignet ist, über den Gegenstand der Beweisaufnahme einen Beweis zu liefern; eine Würdigung der Beweise hinsichtlich ihrer subjektiven Glaubwürdigkeit ist nur nach der Aufnahme des Beweises möglich (VwGH, Erkenntnis vom 29.06.1978, 1488/77; VwGH, Erkenntnis vom 01.12.1981, 81/02/0183). Die Behörde darf einen angebotenen Beweis nur dann von vornherein ablehnen, wenn die angebotenen Beweismittel an sich nicht geeignet sind, über den Gegenstand einen Beweis zu liefern (VwGH, Erkenntnis vom 30.11.1965, 1186/65). Antizipierende Beweiswürdigung ist grundsätzlich verboten; die Wertung eines Beweises auf seine Glaubwürdigkeit hin setzt die Aufnahme des Beweises voraus (VwGH, Erkenntnis vom 15.05.1979, 409/79 und 411/79).

Dass die Behörde all diese Beweise nicht aufgenommen hat, verdeutlicht, dass sie kardinale Verfahrensgrundsätze missachtet hat. Weder war die Behörde gewillt, den Sachverhalt vollständig aufzunehmen, noch war sie bestrebt, ihrer Rolle als "Richter" nachzukommen. Dabei obliegt es gerade der zuständigen Bezirkshauptmannschaft in den Verwaltungsstrafverfahren sowohl Staatsanwaltschaft als auch Richter in einer Person zu sein und damit Argumente pro und contra abzuwiegen.

Um eine solche Abwägung an Argumenten vornehmen zu können, ist aber freilich die vollständige Beweisaufnahme notwendig. Im gegenständlichen Fall hat nun die Behörde antizipierend Beweise gewürdigt, ohne überhaupt jemals das Vorbringen des Einschreiters auf seine Richtigkeit zu überprüfen.

Es ist im Wirtschaftsleben heutzutage üblich, Personen nicht mehr bloß aufgrund irgendwelcher Zeugnisse einzustellen, sondern sich von der Arbeitsfähigkeit zu überzeugen. Wenn daher eine Firma wie die G&D Verputz GmbH beabsichtigt, eine Person einzustellen, für die sie noch dazu Genehmigungen einholen muss, wird sie naturgemäß bestrebt sein, sich von der Arbeitsfähigkeit zu überzeugen. Dieses Interesse ist legitim und steht naturgemäß nicht unter Strafe. Ob freilich dieser Sachverhalt gegeben ist, wurde von der Behörde nicht überprüft, weswegen der Bescheid schon wegen der antizipierten Beweiswürdigung aufzuheben ist.

Herr D., der Vorarbeiter bei der G&D Verputz GmbH ist, wurde eine Niederschrift als Auskunftsperson aufgenommen. Es entspricht nicht dem Sinn einer Zeugenvernehmung, wenn eine als Zeuge zu vernehmende Person ihre Aussage schriftlich niederlegt und danach, ohne dass bei einem leugnenden Beschuldigten Fragen des Vernehmenden und Antworten des Zeugen erfolgen, das schriftlich Niedergelegte zum "Inhalt einer Zeugenaussage" erhoben wird.

Unter einem weist der Beschuldigte an dieser Stelle nochmals darauf hin, dass die angeführten Bestimmungen des AuslBG völlig eindeutig verfassungswidrig sind – dies unter der Annahme, die Interpretation der Behörde sei korrekt. In einem Rechtsstaat ist es nicht tragbar, dass eine Berufsgruppe (etwa Alten- und Krankenpfleger) von der Melde- und Genehmigungspflicht nach dem AuslBG und der Versicherungspflicht zur Sozialversicherung gesetzlich pardonierte, andere Berufsgruppen jedoch nicht etwa angemessen bestraft werden sollen, sondern tatsächlich geradezu ein wirtschaftlicher Vernichtungsfeldzug geführt wird. Es ist aus Sicht des Einschreiters unbillig und stellt einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz in seiner Ausformung als Sachlichkeitsgebot dar, dass gewisse Berufsgruppen pardonierte werden, ohne hierfür eine ausreichende Begründung liefern zu können. In seinem Erkenntnis vom 27.09.2007 unter anderem zu G 116/07 hat der VfGH ausgesprochen, dass zwar das Verhängen einer Mindeststrafe legitim sei, über die Frage der Sachlichkeit zwischen einzelnen Berufsgruppen wurde aber nicht abgesprochen. In diesem Erkenntnis hat der VfGH überdies ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei unbilligen Härtefällen – wie es sich beim gegenständlichen um einen handelt – die Behörden gehalten sind – dies um eine verfassungswidrige Interpretation des Gesetzes zu vermeiden – im Sinne der §§ 20 und 21 VStG vorzugehen. Es wird daher ausdrücklich

angeregt, das gegenständliche Strafverfahren insofern zu unterbrechen, als der UVS die gegenständliche Causa dem VfGH zur Entscheidung vorlegen möge und zwar insbesondere zur Klärung der Frage, ob es dem Sachlichkeitsgebot entspricht, Berufsgruppen ohne ausreichende Begründung unterschiedlich zu sanktionieren. Diese Anregung wird ausdrücklich an den UVS herangetragen.

Die mangelnde Objektivität und Oberflächlichkeit der Behörde zeigt sich aber auch bei der Strafbemessung:

Diese wird lapidar damit begründet, dass die Strafe den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten entspreche. Dabei handelt es sich um eine inhaltsleere Floskel. Die Behörde hat die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten weder erhoben noch festgestellt. Es ist daher auch kaum möglich zu überprüfen, ob die verhängte Geldstrafe den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen tatsächlich entspricht.

Nur auf Grund des mangelhaft durchgeführten Verfahrens ist es auch möglich, dass die Behörde feststellen kann, es seien keine Milderungsgründe hervorgekommen.

Wenn die belangte Behörde jedoch lapidar ohne nähere Begründung feststellt, dass von einer verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht auszugehen war, so stellt dies eine ? nicht nur im Verwaltungsrecht ? unzulässige Vorverurteilung dar. Die Unschuldsvermutung ist einer der fundamentalen Pfeiler eines jeden Rechtsstaates und wird daher nicht nur in der Verfassung, sondern auch zB in der EMRK geschützt.

Selbst wenn man freilich der Ansicht der Behörde folgt, wäre im gegenständlichen Fall jedenfalls mit einer Abmahnung, allenfalls mit der halben Mindeststrafe das Auslangen zu finden gewesen. Einerseits bleibt völlig unklar, ob tatsächlich überhaupt eine Verwaltungsübertretung vorliegt, andererseits haben die beiden angetroffenen Herren lediglich eine Stunde auf der Baustelle ihre Fähigkeiten vorgewiesen. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte verwaltungsstrafrechtlich unbescholten ist, sodass keinerlei rationaler Grund vorliegt, warum im gegenständlichen Fall nicht mit einer Abmahnung vorgegangen werden soll. Es gilt dies umso mehr, als der Gesetzgeber und die Verwaltungsstrafbehörden in einer erschreckenden Art und Weise anderer Berufsgruppen dem Gleichheitssatz widersprechend selbst bei jahrelangen Delikten offensichtlich pardonieren, zumal hier Schwarzarbeit möglicherweise gesellschaftlich gewünscht wird. Bezug genommen wird hier freilich auf die Berufsgruppe der Alten- und Krankenpfleger. Auch bei dieser Berufsgruppe wird sich freilich ein potentieller Dienstgeber davon überzeugen, ob ein potentieller Dienstnehmer oder eine potentielle Dienstnehmerin tatsächlich eine entsprechende Pflegeleistung erbringt, bevor ein Arbeitsverhältnis eingegangen wird. Aus all diesen Erwägungen ist aber jedenfalls mit einer Abmahnung das Auslangen zu finden.

Es wäre Aufgabe der Behörde erster Instanz gewesen, den zugrunde liegenden Sachverhalt nach einem mängelfreien Verfahren festzustellen, die Gründe für ihre Beweiswürdigung übersichtlich darzulegen und danach den festgestellten Sachverhalt einer eingehenden und richtigen rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Dies alles hat die Behörde erster Instanz unterlassen. Der Beschuldigte stellt daher den Antrag

auf Abänderung des angefochtenen Bescheides dahingehend, dass das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten eingestellt, in eventu der Beschuldigte abgemahnt, in eventu die Geldstrafe auf die halbe Mindeststrafe reduziert werde und seine ausgewiesenen Anwälte von der Einstellung benachrichtigt werden."

Mit Straferkenntnis vom 13.10.2008, Zahl 30406-369/36604-2008, wird dem Beschuldigten Folgendes zur Last gelegt:

"Angaben zu den Taten:

Zeit der Begehung: 26.05.2008, 09.45 Uhr

Ort der Begehung: H & M Verputz GmbH, A. 27, K.

1. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Fa. H & M Verputz GmbH, A. 27, K., somit als Dienstgeber zu verantworten, dass Herrn Marinko B., geb. am 9.8.79 zum o.a. Zeitpunkt der Kontrolle auf der Baustelle der Fam. C., E. 405, L., als Hilfsarbeiter für das Unternehmen tätig war und entgegen den Bestimmungen des § 33 Abs. 1 ASVG nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet wurde. Herr B. war zum Zeitpunkt der Kontrolle mit Verputzarbeiten im Erdgeschoss beschäftigt.

2. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Fa. H & M Verputz GmbH, A. 27, K., somit als Dienstgeber zu verantworten, dass Herrn Jure D., geb. am 4.2.83, zum o.a. Zeitpunkt der Kontrolle auf der Baustelle der Fam. C., E. 405, L., als Hilfsarbeiter für das Unternehmen tätig war und entgegen den Bestimmungen des § 33 Abs. 1 ASVG nicht vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet wurde. Herr D. war zum Zeitpunkt der Kontrolle mit Verputzarbeiten im Erdgeschoss beschäftigt.

Sie haben dadurch folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

1. Übertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG iVm. § 33 Abs. 1 ASVG

2. Übertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG iVm. § 33 Abs. 1 ASVG

Deshalb werden gegen Sie folgende Verwaltungsstrafen verhängt:

1.

Strafe gemäß:

§ 111 ASVG

Euro

730,00

Ersatzfreiheitsstrafe: 240 Stunden

2.

Strafe gemäß:

§ 111 ASVG

Euro

730,00

Ersatzfreiheitsstrafe: 240 Stunden"

Der Beschuldigte hat hiegegen durch seinen ausgewiesenen Vertreter im Wesentlichen inhaltsgleich Berufung eingebracht wie gegen das Straferkenntnis vom 18.08.2008.



In der Sache wurde am 13.01.2009 und am 04.03.2009 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Die Berufungsverhandlung wurde mit dem Verwaltungsstrafverfahren gegen zweiten Geschäftsführer der H & M Verputz GmbH, Herrn Davor D., verbunden.

In der Berufungsverhandlung war der Beschuldigte durch seinen Rechtsbeistand vertreten und wurde als Partei gehört. Das Finanzamt Salzburg Land hat einen Vertreter entsandt. In der Verhandlung wurde der zweite Geschäftsführer der H & M Verputz GmbH angehört und zwei Kontrollorgane der KIAB zeugenschaftlich einvernommen.

Der Beschuldigte bzw der Beschuldigtenvertreter haben in der Berufungsverhandlung Folgendes vorgebracht:

"Eingangsäußerung des Beschuldigtenvertreters:

Ich verweise grundsätzlich auf die schriftlichen Ausführungen in der Berufung. Darüber hinaus darf ich festhalten, dass Herr N. in der H & M Verputz GmbH operativ nicht tätig war. Faktisch hat die Geschäftsführung in diesem Unternehmen, somit der weitere Geschäftsführer Herr Davor D., ausgeübt. Es ist daher vorliegend unbillig, dass gegen beide Geschäftsführer jeweils Verwaltungsstrafverfahren durchgeführt werden und beide Geschäftsführer mit jeweils zwei Strafen belegt werden. Fraglich ist im vorliegenden Zusammenhang, inwieweit ein Unternehmen befugt ist, Mitarbeiter vor der Einstellung zu überprüfen. Ich habe mich diesbezüglich erkundigt und ist es üblich, dass Arbeitgeber neue Mitarbeiter vor der Einstellung kurzfristig überprüfen. Dass sie zum Beispiel die betreffende Person auf der Baustelle kurz arbeiten lassen oder dass bei einer Sekretärin ein Probekidat durchgeführt wird. Zum gegenständlichen Vorfall ist zu sagen, dass der Beschuldigte gar keine Kenntnis davon hatte, dass die beiden kroatischen Staatsangehörigen sich auf der Baustelle aufgehalten haben. Eine diesbezügliche Kenntnis hatte nur Herr Davor D.. Festzuhalten ist weiters, dass der Beschuldigte schon langjähriger Unternehmer ist und diesbezüglich keine einschlägigen Vorbeanstandungen hat. Es wäre daher meines Erachtens nach anzudenken, dass, wenn überhaupt, dann eine Ermahnung ausgesprochen wird.

Angesprochen auf den Vorstrafenauszug muss ich sagen, dass mir eine Bestrafung aus dem Jahre 2004 unbekannt ist, insbesondere ist bei uns ein Akt zur Zahl 30406-369/2741-2004 unbekannt."

"Über Befragen gibt der Beschuldigte an:

Ich habe vom gegenständlichen Vorfall erst nachträglich erfahren. Herr Davor D. hat mich unmittelbar nach dem Vorfall telefonisch davor informiert. Er hat mir berichtet, dass er die beiden eben probeweise beschäftigt hat. Welche Absichten er mit den beiden genau hatte, kann ich nicht sagen. Die ganze Sache war dann auch Grund dafür, dass ich Davor mitgeteilt hatte, dass ich aus der H & M GmbH aussteigen werde und die Geschäftsführung mit März 2009 zurücklegen werde.

Die kaufmännischen Angelegenheiten der H & M GmbH werden bei uns in der Baufirma miterledigt. Es ist bekannt, dass im Verputzgewerbe ein starker Personalwechsel ist und hat Davor damals auch Leute gesucht. Er hat sie ausprobiert. Bei Herrn Jure D. weiß ich, dass es sich um einen Bruder des Herrn Davor D. handelt. Josip D. ist glaublich ein Onkel.

Zur Sache insgesamt ist zu sagen, dass die H & M GmbH im Jahr ?

10.000,-- Gewinn macht. Mit der jetzt vorgenommenen Bestrafung wird praktisch dieser gesamte Jahresgewinn per Strafe eingezogen.

Ich war vom Jahr 1988 bis 1999 Geschäftsführer der S. Bau. Bei der Firma S. Bau hatten wir bis zu 100 Mitarbeiter und hat es da nie Probleme mit der Beschäftigung von Ausländern gegeben bzw. hat es nie Schwarzarbeiter gegeben. Ich bin grundsätzlich mit den Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes bewandert. Ich habe nicht gewusst, dass man die Möglichkeit hat, für die Belange des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einen verantwortlichen Beauftragten

zu bestellen. Die administrativen Angelegenheiten der H & M GmbH werden grundsätzlich bei uns in der Firma mit erledigt bzw. läuft es so ab, dass zum Beispiel, wenn Herr Davor wen einstellen will, dieser die Unterlagen meiner Frau gibt. Diese schaut sie durch und gibt sie dem Steuerberater, der dann die Anmeldung macht."

Der mitbeschuldigte zweite Geschäftsführer Herr Davor D. hat in der Verhandlung Folgendes angegeben:

"Ich bin einer der beiden Geschäftsführer der H & M Verputz GmbH, ich bin das glaublich seit dem Jahr 2002. Bei Herrn Jure D. handelt es sich um meinen Bruder, Herr Marinko B. ist ein Verwandter. Mein Bruder hat in Kroatien das Schlosserhandwerk gelernt, er war dann einige Zeit arbeitslos und hat diese Zeit mit verschiedenen Jobs, zum Beispiel kellnern, überbrückt. Herr Marinko B. war damals bereits bei einer Baufirma in Kroatien beschäftigt. Die beiden sind zu mir gekommen, da sie zu meiner Schwester nach Duisburg in Deutschland weiterfahren wollten, um sich dort ein Fahrzeug zu kaufen. Es war geplant, dass ich mit den beiden nach Duisburg mitfahre. Die beiden sind mit einem Reisebus nach Salzburg gekommen. Es hat sich dann so ergeben, dass ich für meine Firma Verputzarbeiter gesucht habe und vom AMS keine zugewiesen bekommen habe. Ich habe daher die beiden gefragt, ob sie sich eine solche Tätigkeit bei mir bei der Firma in Salzburg vorstellen könnten und war daher geplant, dass sie auf der hier in Rede stehenden Baustelle probeweise Verputzarbeiten durchführen, damit ich sehe, ob sie sich für diese Tätigkeit eignen. Dieses Gespräch und dieser Sachverhalt hat sich erst spontan ergeben, als die beiden schon in Salzburg waren. Ich hatte daher vor, dass ich, wie gesagt, zunächst einmal ihre Fähigkeiten teste und die beiden dann den Autokauf in Duisburg abwickeln und danach dann wieder nach Kroatien zurückkehren. Währenddessen hätte ich bei Eignung der beiden für diese um Arbeitsbewilligungen angesucht und hätte sie dann nach Erhalt der Bewilligungen auch bei mir in Salzburg beschäftigen können. Es war dann so, dass die beiden auf die Baustelle in L. gefahren sind und erst ungefähr eine Stunde lang dort tätig waren, als dann die Kontrolle stattgefunden hat. Ich hatte zu diesem Zeitpunkt eine Baubesprechung in K. und bin dann etwa eine halbe oder eine Stunde später auf dieser Baustelle in L. eingetroffen. Ich wollte eben an diesem einen Tag schauen, ob sie sich für die Tätigkeit eignen und hätten sie dann am nächsten Tag, wie gesagt, nach Duisburg weiterfahren sollen.

Die operative Tätigkeit in der H & M Verputz GmbH habe eigentlich immer ich durchgeführt, Herr N. hat eigentlich nur die Büroarbeit, wie Buchhaltung etc., gemacht; das ist mit seiner eigenen Firma zusammen gemacht worden. Für die Einstellung von Personal war eigentlich ausschließlich ich zuständig und habe das eigenständig gemacht so wie auch im gegenständlichen Fall. Ing. N. hat also bezüglich der beiden hier in Rede stehenden Personen gar nicht gewusst, dass sie für diesen einen Tag auf der Baustelle tätig sein sollen. Auch die Abwicklung der Baustellen habe ich alleine über, das ist nicht Sache des Ing. N.."

Die Kontrollorgane des Finanzamtes haben in der Verhandlung Folgendes angegeben:

Einvernahme des ersten Kontrollorganes.

"Es hat damals eine telefonische Mitteilung der Polizeiinspektion V. gegeben, dass angeblich auf der Baustelle C. in V. zwei Illegale arbeiten würden. Wir haben uns dann mit Beamten der Polizeiinspektion V. getroffen und am Vormittag des 26.5. dort eine Kontrolle durchgeführt. Ein Polizist und ein Kollege sind als Außensicherung heraußen geblieben, wir sind in den Rohbau hinein gegangen. Im Erdgeschoß hat sich der Vorarbeiter Herr Josip D. aufgehalten und einer der beiden unrechtmäßig beschäftigten Kroaten, im Kellergeschoß war der andere. Sie waren beide mit Verputzarbeiten im weitesten Sinne beschäftigt. Glaublich hat einer im Erdgeschoß Mauerschlitze zugeworfen. Wir haben entsprechende Lichtbilder angefertigt. Bei den Lichtbildern im Keller ist Herr B. zu sehen. Es hat eben zunächst eine Befragung des Vorarbeiters gegeben. Dieser hat angegeben, dass er seit 13 Jahren für die Firma H & M arbeitet und dass sie hier Verputzarbeiten machen würden. Sie seien seit ca. einer Stunde auf der Baustelle. Es seien die Arbeiten bis für ca. eine Woche geplant. Sein Chef, der Herr Davor D., wisse, dass die beiden auf der Baustelle seien. Herr Josip D. hat dann seinen Chef angerufen, der dann nach einer halben, dreiviertel Stunde gekommen ist und dann ebenfalls einvernommen wurde. Demnach handle es sich bei Herrn D. Jure um seinen Bruder. Herr B. sei ein

Verwandter seiner Mutter. Beide seien den ersten Tag hier. Die Arbeiten sollten bis Mittwoch dauern, dann müssten sie nach Deutschland weiterfahren. Über die Entlohnung sei noch nicht gesprochen worden. Er gab auch an, dass er schon wüsste, dass für die Arbeit von Ausländern in Österreich Beschäftigungsbewilligungen erforderlich seien bzw. dass die Anmeldung zur Sozialversicherung erforderlich sei. Es war nicht die Rede davon, dass es sich um eine Probearbeit der beiden handle, dass geplant sei, die beiden im Fall, dass die Arbeit entspricht, später ordentlich eingestellt werden.

Wie lang die beiden Ausländer zuvor schon auf der Baustelle waren, kann ich nicht sagen. Uns gegenüber wurde die Angabe gemacht, dass sie seit gut einer Stunde auf der Baustelle seien. Die Verständigung mit den beiden Ausländern, die keine Papiere hatten, war kaum möglich, deshalb haben wir dann auch die Niederschrift mit Herrn Josip D. bzw. mit Herrn Davor D. gemacht. Beide konnten gut Deutsch. Herr Davor D. war damals vielleicht ein bisschen nervös, sonst aber ganz normal und konnte die Niederschrift im Rahmen eines normalen Gespräches geführt werden."

Einvernahme des zweiten Kontrollorganes:

"Wir sind am 26. Mai 2008 vormittags zu dieser Baustelle in L. gefahren, um die Kontrolle durchzuführen. Ich weiß, wir sind beim Erdgeschoß hinein und haben zwei Arbeiter bei Verputzarbeiten angetroffen. Herr Kollege Hintner ist noch in das Kellergeschoß und hat dort einen weiteren Arbeiter gefunden. Ich habe dann eine Niederschrift mit dem Vorarbeiter gemacht. Der hat gesagt, dass die Arbeiten dort ca. eine Woche dauern würden und dass der Firmenchef wisse, dass die beiden Herren, für die keine Beschäftigungsbewilligung vorgelegen hat, dort seien. Es wurde dann der Firmenchef angerufen und ist der Geschäftsführer, Herr Davor D., gekommen und anschließend von Frau Mag. F. einvernommen worden. Ich war bei dieser Einvernahme dabei. Herr Davor D. sagte damals, dass er wisse, dass die beiden auf der Baustelle seien und dass diese bis ca. Mittwoch dort arbeiten sollten. Es war damals weder vom Vorarbeiter noch vom Geschäftsführer die Rede davon, dass es sich um eine Probearbeit handelt und dass nur geschaut wird, ob die Arbeit der beiden entspricht. Im Übrigen muss ich inhaltlich auf die Angaben in der Niederschrift verweisen. Es war damals noch eine Mauer feucht vom Verputzen bzw. waren noch Schlitze frisch, die zugemacht worden waren.

Soweit ich mich erinnern kann, waren auf der Baustelle keine anderen Arbeiter einer anderen Firma am Bau.

Es war damals die Rede davon, dass der Chef davon wüsste, dass sie auf der Baustelle seien. Ob auch Herr N. davon wusste, kann ich nicht sagen. Wenn das in der Niederschrift nicht vermerkt ist, wird das nicht zur Sprache gekommen sein."

Der Unabhängige Verwaltungssenat hat hierzu gemäß § 51c VStG durch ein Einzelmitglied erwogen:

Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der H & M Verputz GmbH mit Sitz in A. 27, K.. Dieses Unternehmen hat im Frühjahr 2008 einen Auftrag der Familie C. in E. 405, L., zur Durchführung der Innenverputzarbeiten eines Einfamilienhauses übernommen. Bei einer Kontrolle des Finanzamtes Salzburg-Land, Team KIAB, auf dieser Baustelle wurde am Morgen des 26.05.2008 festgestellt, dass die beiden kroatischen Staatsangehörigen Marinko B. und Jure D. bei Verputzarbeiten (bzw. diesbezüglichen Vorbereitungsarbeiten) beschäftigt wurden, ohne dass hiefür eine entsprechende arbeitsmarktrechtliche Genehmigung vorgelegen hat. Für die Ausländer war zu diesem Zeitpunkt auch noch keine Anmeldung beim zuständigen Krankenversicherungsträger (der Gebietskrankenkasse Salzburg) erfolgt.

Dieser Sachverhalt ist insoweit unbestritten. Der Beschuldigte rechtfertigt sich im Verfahren damit, dass damals noch kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei, sondern habe es sich um eine Probearbeit im Rahmen einer Prüfung der Eignung der beiden für eine allfällig spätere Beschäftigung gehandelt.

Gemäß § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG, BGBl Nr 218/1975, idF BGBl I Nr 78/2007 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Nach § 2 Abs 2 lit b) AuslBG gilt als Beschäftigung nicht nur die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis sondern auch ein solche in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis.

Gemäß § 28 Abs 7 AuslBG ist eine unberechtigte Beschäftigung nach diesem Bundesgesetz ohne weiteres anzunehmen, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, und wenn der Beschäftigte nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Als arbeitnehmerähnliches Verhältnis ist die Erbringung einer Arbeitsleistung anzusehen, die im Wesentlichen unter ähnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen erfolgt, wie bei unselbständigen Arbeitnehmern. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist nur die unentgeltliche Vorführung von notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten im Zusammenhang mit der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses noch nicht als den Bestimmungen des § 3 AuslBG unterliegend anzusehen (vgl VwGH 27.07.1994, 94/09/0088, 13.09.1999, 97/09/0374).

Vorliegend hat der zweite Geschäftsführer der H & M GmbH anlässlich der Kontrolle am Montag, dem 26.05.2008, gegenüber den Organen der KIAB angegeben, dass die beiden Kroaten bis Mittwochabend arbeiten und dann nach Deutschland weiterfahren sollten. Er wisse, dass sie in Österreich Bewilligungen brauchen und zu Sozialversicherung gemeldet sein müssten. Über Lohn sei noch nicht gesprochen worden. Der Partieführer hat damals angegeben, dass er von seinem Chef lediglich den Auftrag hatte, gemeinsam mit den beiden auf der Baustelle Verputzarbeiten durchzuführen. Erst in der Berufungsverhandlung hat dieser (er ist nach wie vor beim Beschuldigten angestellt) ausgesagt, dass sich der Auftrag nur darauf bezogen habe, dass er sich die beiden am Montag "anschauen" solle. Er habe nicht gewusst, ob er mit den beiden die Baustelle fertig machen solle.

Somit wurde anlässlich der Kontrolle von keiner Person ein Hinweis auf einen Vorstellungstermin oder eine Probearbeit gemacht. Es war aus diesem Grunde davon auszugehen, dass die beiden Kroaten, wenn es die Kontrolle nicht gegeben hätte, von Montagmorgen bis am Abend des darauf folgenden Mittwochs auf einer Baustelle der H & M Verputz GmbH als Verputzer bzw Hilfsarbeiter gearbeitet hätten. Die gegenteilige Rechtfertigung des Beschuldigten bzw seines Mitgeschäftsführers erscheint nicht glaubwürdig, zumal die Tatsache einer Probearbeit bereits damals bekannt hätte sein müssen und auf einen solchen Umstand wohl bei erster sich bietender Gelegenheit hingewiesen würde.

Eine drei Tage dauernde Tätigkeit ist keinesfalls mehr als notwendige Vorführung der Kenntnisse und Fähigkeiten im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes anzusehen. Darüber hinaus gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die beiden im angesprochenen Zeitraum ohne Entgelt gearbeitet hätten, zumal der Beschuldigte offenbar dringenden Arbeitskräftebedarf hatte und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart war.

Damit waren die angelasteten Verwaltungsübertretungen als erwiesen anzusehen. An Verschulden war zufolge § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG zumindest Fahrlässigkeit anzulasten.

Wenn der Beschuldigte vorbringt, dass die operativen Angelegenheiten wie auch die Einstellung von Personal im

Wesentlichen vom zweiten Geschäftsführer abgewickelt worden seien, so entbindet ihn dies nicht davon, dafür Sorge zu tragen, dass in seinem Betrieb ein geeignetes Kontrollsystem zur Einhaltung der arbeitsmarktrechtlichen Bestimmungen besteht (vgl VwGH 15.05.2008, Zahl 2006/09/0080). Der Beschuldigte hat daher für Handlungen seines Mitgeschäftsführers einzustehen.

Zur Übertretung gemäß § 33 ASVG:

Gemäß § 4 Abs 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl Nr 189/1995, idF BGBl I Nr 31/2007 ist Dienstnehmer in Sinne dieses Bundesgesetzes, wer im Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird.

Gemäß § 33 Abs 1 ASVG haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 33 Abs 1a ASVG kann der Dienstgeber die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und
2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

Gemäß § 111 Abs 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

Der Begriff des Dienstnehmers im ASVG gleicht im Wesentlichen dem Beschäftigten gemäß § 2 AuslBG. Auch vom Normzweck her hat der Dienstgeber dafür zu sorgen, dass seine Bediensteten vom Beginn der Beschäftigung an versichert sind. Der Beschuldigte wäre ? nachdem die betriebliche Tätigkeit der beiden Kroaten über eine solche im Rahmen eines Vorstellungsgespräches hinausgegangen ist - verpflichtet gewesen, die beiden vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger (der Salzburger Gebietskrankenkasse) zu melden (vgl VwGH 18.2.2004, 2000/08/0180). Damit waren auch die hier angelastete Übertretungen als erwiesen anzusehen. An Verschulden war in gleicher Weise Fahrlässigkeit anzulasten.

Zur Strafhöhe:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Nach Abs 2 dieser Norm sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und ist auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden und die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG ist bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern Geldstrafe von ? 1.000 bis zu ? 10.000, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von ? 2.000 bis zu ? 20.000, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von ? 2.000 bis zu ? 20.000, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von ? 4.000 bis zu ? 50.000 zu verhängen.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen.

Gemäß § 21 Abs 1 VStG kann die Behörde von der Verhängung einer Geldstrafe absehen und mit Ermahnung vorgehen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen der Tat unbedeutend sind.

Das Finanzamt Salzburg-Land hat die Berufung eingebracht, weil ihrer Auffassung nach der zweite Strafraumen (Wiederholungstat) und nicht der erste anzuwenden wäre. Die Begründung in ihrer Berufung ist zwar insofern unrichtig, als das dort angeführte Erkenntnis jedenfalls zum Zeitpunkt des Einlangens des Strafaktes bei der Berufungsbehörde bereits getilgt war, allerdings scheint gegen den Beschuldigten eine andere Vormerkung gemäß § 3 Abs 1 AuslBG aus dem Jahre 2004 auf. Auch diese Vormerkung, anlässlich der eine Ermahnung gegen den Beschuldigten ausgesprochen wurde, ist als Vortat zu werten und war daher tatsächlich der zweite Strafraumen anzuwenden.

Übertretungen des § 3 Abs 1 AuslBG sind grundsätzlich mit einem erheblichen Unrechtsgehalt behaftet, gehen sie doch regelmäßig einher mit gravierenden sozialschädlichen Folgen (Hinterziehung von Steuern und Abgaben, Beschäftigung von Ausländern zu ungesetzlichen Bedingungen, unlautere Konkurrenzierung anderer Gewerbetreibender und Vereitelung der Bewirtschaftung des Arbeitsmarktes). Auch im vorliegenden Fall lag ein typischer Fall von "Schwarzarbeit" vor, zumal die beiden Kroaten nicht - wie vom Beschuldigten behauptet - bloß im Rahmen eines Vorstellungstermines beschäftigt wurden. Allerdings lagen nur kurze Beschäftigungen vor.

Auf der subjektiven Tatseite war Fahrlässigkeit anzulasten. Zu berücksichtigen waren neun sonstige Vorbeanstandungen wegen Übertretungen der Gewerbeordnung, des Salzburger Baupolizeigesetzes, des Kraftfahrzeuggesetzes und des Bundesstatistikgesetzes, die belegen, dass der Beschuldigte mit den rechtlich geschützten Werten offenbar nicht in besonderer Weise verbunden ist. Spezialpräventive Überlegungen haben daher vorliegend ein größeres Gewicht.

Bezüglich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten (monatliches Bruttoeinkommen ? 3.000, Hälftebesitz eines schuldenbelasteten Einfamilienhauses, Sorgepflichten für zwei Kinder) haben sich in etwa durchschnittliche Umstände ergeben. Insgesamt war aufgrund der angeführten Umstände (insbesondere der Anwendbarkeit des 2. Strafraumens) eine Anhebung der ausgesprochenen Strafen auf das von der Abgabenbehörde beantragte Ausmaß vorzunehmen.

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass das Verschulden geringfügig und die Folgen der Tat unbedeutend wären bzw dass ein Überwiegen der Milderungsgründe anzunehmen wäre. Die Anwendbarkeit der §§ 20 und 21 VStG scheidet mithin aus.

Gemäß § 111 Abs 2 ASVG kann wegen der Unterlassung von Meldungen und Anzeigen Geldstrafe von ? 730 bis zu ? 2.180, im Wiederholungsfall von ? 2.180 bis zu ? 5.000, im Fall der Uneinbringlichkeit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, verhängt werden. Unbeschadet der §§ 20 und 21 VStG kann bei erstmaligem ordnungswidrigen Verhalten nach Abs 1 die Geldstrafe bis auf ? 365 herabgesetzt werden, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Vorliegend war der erste Strafraumen anzuwenden. Über den Beschuldigten wurde sohin die gesetzliche Mindeststrafe verhängt. Hinweise darauf, dass das Verschulden geringfügig und die Folgen der Tat unbedeutend wären, liegen hier ebenfalls nicht vor, zumal sich der Beschuldigte in keiner Weise um die betreffenden Belange gekümmert hat.

Gemäß § 64 Abs 2 VStG war aufgrund der Berufung des Beschuldigten gegen das Straferkenntnis vom 13.10.2008 (Übertretung gemäß ASVG) ein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafen vorzuschreiben. Bezüglich des Straferkenntnisses vom 18.8.2008 (Übertretung gemäß AuslBG) konnte ein solcher Beitrag nicht vorgeschrieben werden, weil hier die Strafe nicht bestätigt, sondern zu Ungunsten des Beschuldigten verändert wurde. Der Kostenspruch der Erstbehörde durfte aufgrund einer Berufung der Abgabenbehörde jedenfalls nicht zulasten des Beschuldigten geändert werden (VwGH 19.5.1993, 92/09/0031)

**Schlagworte**

Probearbeit, unberechtigte Beschäftigung, ohne Beschäftigungsbewilligung, Beschäftigung eines Ausländers

**Zuletzt aktualisiert am**

10.06.2009

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

© 2026 JUSLINE

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

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