

Entscheidende Behörde

UVS Niederösterreich

Entscheidungsdatum

19.05.2008

Geschäftszahl

Senat-HO-06-2002

Spruch

Der Berufung wird gemäß § 66 Abs. 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51, insoferne Folge gegeben, als die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf einen Tag herabgesetzt wird. Ansonsten wird die angefochtene Entscheidung vollinhaltlich bestätigt.

Der Berufungswerber hat gemäß § 64 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52, € 100,- als Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, binnen 2 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu zahlen.

Innerhalb gleicher Frist ist der Strafbetrag zu bezahlen (§ 59 Abs. 2 AVG).

Kosten des Berufungsverfahrens waren gemäß § 65 VStG nicht aufzuerlegen.

Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Berufungswerber spruchgemäß wie folgt bestraft:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Tatbeschreibung

Sie haben jedenfalls am 7.9.2005 um 09.00 Uhr auf dem Anwesen in **** W***** 1 die tschechische Staatsbürgerin M**** H*****, geb. 13.7.19**, mit Reinigungsarbeiten im Schuppen entgegen § 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz beschäftigt, obwohl für diese weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder Niederlassungsnachweis ausgestellt worden war.

Übertretungsnorm:

§ 28 Abs 1 Zif 1 lit a iVm. § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 i.d.g.F.

Strafnorm:

§ 28 Abs. 1 Ziff. 1 lit.a Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975

Über Sie wird folgende Geldstrafe verhängt: € 1.000,-- Ersatzfreiheitsstrafe: 10 Tage

Vorgeschriebener Kostenbeitrag € 100,--

Rechtsgrundlage

§ 64 Abs. 2 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG)

Geldbetrag zusammen € 1.100,--.“

Begründend führte die Erstbehörde dazu nach Wiedergabe des Verfahrensablaufes und Zitat der rechtlich relevanten Bestimmungen des AuslBG aus, dass auf Basis des durchgeführten Verfahrens die dem Beschuldigten angelastete Übertretung als erwiesen anzusehen sei und die Behörde deshalb mit Strafverhängung vorzugehen hatte, wobei es sich bei der verhängten Strafe um die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe pro unberechtigt beschäftigten Ausländer handle.

Mittels seiner fristgerecht durch den ausgewiesenen Vertreter gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung wird das bezeichnete Straferkenntnis seinem gesamten Inhalt nach angefochten, wobei im erhobenen Rechtsmittel im wesentlichen vorgebracht wird, dass es sich bei der in Rede stehenden ausländischen Staatsangehörigen M**** H***** um keine Person gehandelt habe, die aufgrund eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen für den Berufungswerber tätig geworden wäre, sondern sei die Genannte vielmehr aufgrund eines abgeschlossenen Werkvertrages als selbständige Unternehmerin für den Berufungswerber tätig geworden. Ein nach dem AuslBG bewilligungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis habe jedenfalls nicht vorgelegen und werde deshalb beantragt, die Berufungsbehörde wolle das bekämpfte Straferkenntnis beheben und das Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung bringen, bzw. in eventu von einer Strafverhängung absehen bzw. zumindest die außerordentliche Strafmilderung zur Anwendung bringen.

Die weitere Verfahrenspartei, das Zollamt Y, dem das erhobene Rechtsmittel zur Kenntnis gebracht wurde, gab dazu eine Stellungnahme dahingehend ab, dass seitens des Zollamtes den Erstangaben der in Rede stehenden tschechischen Staatsangehörigen und jenen der Gattin des Berufungswerbers mehr Glauben geschenkt werde als der nunmehrigen Verantwortung. Aus Sicht des Zollamtes werde deshalb der Strafantrag in voller Höhe aufrecht gehalten. Dies aus dem Grund, weil bei den durchzuführenden Behördenwegen, dies zur Erlangung einer Gewerbeberechtigung, die Gattin des Berufungswerbers der tschechischen Staatsangehörigen behilflich gewesen sei. Darüberhinaus habe die tschechische Staatsangehörige bei der Verrichtung ihrer Tätigkeiten immer mit dem Werkzeug des Beschuldigten gearbeitet, ebenso habe er dieser das Arbeitsmaterial zur Verfügung gestellt. Weiters habe sie vom Berufungswerber Arbeitsanweisungen erhalten und habe dieser die durchgeführten Arbeiten kontrolliert. Auch habe die tschechische Staatsangehörige angegeben, dass dann, wenn sie auf Urlaub gehen wolle, bzw. krank sei, sie dies der Gattin des Berufungswerbers melden müsse. Die Entlohnung für die Tätigkeit der Ausländerin sei in Form eines Stundenlohnes erfolgt und zwar € 5,- bis 6,-. Die Stundenaufzeichnungen habe ebenfalls die Frau des Berufungswerbers geführt und sei die Ausländerin am Monatsende von der Gattin des Beschuldigten in bar ausbezahlt worden, was keineswegs den üblichen Gepflogenheiten des Geschäftslebens entspreche. Zum Zeitpunkt der Aufnahme der Niederschrift mit der Ausländerin durch die Beamten des Zollamtes sei ein schriftlicher Werkvertrag noch nicht vorgelegen, dieser existiere laut eigenen Ausführungen des Berufungswerbers erst ab dem 9.9.2005. Aus den genannten Gründen gehe die Zollbehörde jedenfalls von einer sogenannten „Scheinselbständigkeit“ der Ausländerin aus und leite sohin eben eine Übertretung des AuslBG ab. Nach Ansicht der Zollbehörde habe der Beschuldigte lediglich versucht, die Bewilligungspflicht nach dem AuslBG durch Einholung einer Gewerbeberechtigung für die tschechische Staatsangehörige zu umgehen.

Im Zuge der seitens der Berufungsbehörde in der Sache anberaumten öffentlichen mündlichen Verhandlung erklärten sich die Vertreter der anwesenden Verfahrensparteien zunächst ausdrücklich mit der Verlesung der erstinstanzlichen Verfahrensakten einverstanden.

In der Sache befragt gab der Berufungswerber an, es sei so gewesen, dass im Haus jemand benötigt worden wäre, dies zunächst einerseits für die Haustiere sowie andererseits auch das Haus ständig bewohnt sein sollte, dies zumal er viele Exponate aus Kirchen im Haus aufbewahre. Aufgrund seiner Tätigkeit als Kirchenrestaurator sei er selbst oft außer Haus. Die in Rede stehende Ausländerin sei ihm von dritter Seite empfohlen worden und habe er zunächst Erkundigungen dahingehend eingeholt, ob sie im Bundesgebiet auch eine Tätigkeit ausüben dürfe, also ob etwa eine Arbeitsgenehmigung oder ähnliches erforderlich sei. Weitere Erkundigungen habe er dann bei der Kammer der gewerblichen Wirtschaft in H*** eingeholt, wobei ihm dort in etwa gesagt worden sei, die Genannte benötige für die Ausübung ihrer Tätigkeit eine Gewerbeberechtigung. Diese Gewerbeberechtigung sei Frau H***** dann auch ausgestellt worden und habe diese eingesehen. Den Anruf bei der Kammer habe seine Frau für ihn erledigt. Um die Ausstellung der Gewerbeberechtigung habe sich die Ausländerin aber selbst gekümmert, ebenso um den Umfang der beantragten Gewerbeberechtigung. Nach der erfolgten Ausstellung der Berechtigung habe sie jedenfalls ihre Tätigkeit aufgenommen, wobei sie zunächst ein bis zwei Mal in der Woche ins Haus gekommen sei, dort sei ihr dann gesagt worden, was sie zu tun habe. Die durchgeführten Tätigkeiten seien ihr natürlich bezahlt worden. Anfangs sei sie für ihre Tätigkeiten nach Stunden bezahlt worden, zwischenzeitig lege sie aber Rechnungen und werde entsprechend dieser Rechnungen bezahlt, wobei er selbst ja gar nicht wissen könne, wie viele Stunden sie tätig werde. Es sei aber so, dass er ja wisse, was im Haus zu geschehen habe und sohin im Nachhinein auch etwa feststellen könne, ob die von der Ausländerin ausgestellten Rechnungen auch ihre Berechtigung haben. Um steuerliche Belange kümmerte sich Frau H***** jedenfalls selbst, mittlerweile lege sie ihre Rechnungen meist monatlich. Er glaube auch, dass Frau H***** noch wo anders arbeite, wisse jetzt allerdings nicht genau wo. Der im Akt befindliche Werkvertrag sei mit Frau H***** erst nach Durchführung der Kontrolle durch die Zollbeamten in dieser Form geschrieben worden, wobei vorher der Vertrag mündlich abgeschlossen worden sei, dies allerdings mit dem gleichen Inhalt. Frau H***** sei auch nach wie vor für ihn im Haushalt tätig. Auf Befragen durch seinen Vertreter gab der Berufungswerber an, Frau H***** sei nicht zur persönlichen Ausübung der Tätigkeiten verpflichtet, wenn sie etwa krank werde, sei es so, dass sie selbst für eine Vertretung sorgen müsse, zumal die Tätigkeiten durchgeführt werden müssen und auch jemand im Haus sein soll. Das für die Arbeit benötigte Material habe sie selbst mitgebracht, anfangs sei es ihr aber zur Verfügung gestellt worden. Mittlerweile werde ihr aber gesagt, sie solle

es selbst mitbringen. Es besteht keine vertragliche Vereinbarung, dass Frau H***** keine sonstigen Tätigkeiten ausführen dürfe, sie sei diesbezüglich vollkommen frei. Auf Vorhalt, dass sich aus dem Akt ergebe, dass Frau H***** auch für eine Frau Dr. K***** tätig werde sei es so, dass er dies nur von Frau H***** selbst wisse. Bezüglich des Vertragsverhältnisses sei es so, dass er den Vertrag mit Frau H***** abgeschlossen habe, wobei seine Frau damit nichts zu tun hätte. Es sei einfach nur so, dass Frau H***** von seiner Gattin gesagt werde, was im Haus zu tun sei, zumal diese öfters im Haus sei und dies besser wisse.

Die in der Sache als Partei befragte Zweitberufungswerberin und Gattin des Berufungswerbers gab an, sie wolle zu den Angaben ihres Gatten noch hinzufügen, dass Frau H***** anfangs nicht sehr gut Deutsch gesprochen habe, weshalb es schwer gewesen sei, ihr die durchzuführenden Tätigkeiten zu erklären. Mittlerweile spreche sie aber relativ gut Deutsch, wobei sie diesbezüglich auch einen Kurs belegt hätte. Sie habe Frau H***** damals erklärt, welche Tätigkeiten sie durchführen solle. Dies einfach deshalb, weil ihr Mann damals kaum zu Hause gewesen sei. Mittlerweile wäre es aber so, dass sie selbst kaum mehr nach Frau H***** sehe, zumal sich diese bereits auskenne. Den Vertrag mit Frau H***** habe ihr Mann abgeschlossen. Bezüglich der Ausstellung der Gewerbeberechtigung sei es so gewesen, dass eine Nachbarin, welche Tschechin sei, mit Frau H***** auf die Behörde gegangen sei, wobei die beiden Frauen auch befreundet seien. Bei dieser Freundin, also der Nachbarin, habe Frau H***** auch ihren ersten Wohnsitz gehabt. Frau H***** sei so gut wie immer durch ihren Mann bezahlt worden. Auf Befragen durch den Vertreter des Berufungswerbers gab dessen Gattin an, sie sei bei Abschluss des mündlichen Werkvertrages mit Frau H***** dabei gewesen und sei dieser ident mit der späteren schriftlichen Ausfertigung. So in etwa sei Frau H***** gesagt worden, dass sie anfallende Steuern selbst zu bezahlen habe, sowie sich Frau H***** ihres Wissens nach auch selbst die Steuernummer besorgt habe, sowie ebenfalls die Anmeldung bei der Sozialversicherung durchführte. Bezüglich der Einstellung von Frau H***** habe sie auch mit Herrn Dkfm. F**** M***** von der Kammer der gewerblichen Wirtschaft, Zweigstelle H***, ein Gespräch geführt, welcher ihr erinnerlich wörtlich gesagt habe, sie solle ihm die beiden Frauen einmal vorbeisenden und werde er sich dann mit ihnen unterhalten. Die Beratung hinsichtlich der Ausstellung einer Gewerbeberechtigung stamme jedenfalls von Herrn Dkfm. F**** M****. Nach der Ausstellung der Gewerbeberechtigung habe dann ihr Mann mit der in Rede stehenden Tschechin den Vertrag abgeschlossen und habe diese die Tätigkeiten aufgenommen.

Der als Zeuge befragte Bedienstete des Zollamtes M***** gab an, unter anderem sei auch er an der Durchführung der gegenständlichen Kontrolle dabei gewesen. Hierbei habe sich Frau H***** im Haus befunden und könne er sich noch erinnern, dass sie eher im hinteren Teil des Anwesens angetroffen wurde, dies in einer Art Schuppen, wobei sie einen Besen in der Hand hatte. Mit Frau H***** sei dann eine Niederschrift aufgenommen worden. Zur Tätigkeit der Genannten sei auch die Gattin des Berufungswerbers von einem Kollegen und ihm selbst befragt worden. Er wisse jetzt nicht mehr, ob die vorhandene Gewerbeberechtigung von Frau H***** bereits im Zuge der Kontrolle vorgezeigt wurde. An die Aufnahme der Niederschrift vom 7.9.2005 könne er sich jedenfalls noch erinnern und enthalte diese jedenfalls die von Frau H***** getätigten Angaben. Die Anzeige habe dann seine Kollegin gelegt.

Die als Zeugin befragte Bedienstete des Zollamtes Y, H*****, gab an, sie könne sich an die durchgeführte Kontrolle noch erinnern und sei Frau H***** von ihr und einem Kollegen bei der Durchführung von Tätigkeiten wahrgenommen worden. Die Niederschrift sei dann von ihr unmittelbar im Zuge der Amtshandlung mit Frau H***** aufgenommen worden und habe sie diese händisch geschrieben, die Fragen habe zum Teil aber auch ihr Kollege bzw. der Finanzbeamte gestellt. Sie habe die Antworten von Frau H***** in die Niederschrift aufgenommen, Frau H***** habe damals Deutsch gesprochen, ebenso habe sie sich mit der Aufnahme der Niederschrift einverstanden erklärt. Laut ihren eigenen Angaben habe sie auch verstanden, worum es gehe und habe damals gesagt, sie hätte die deutsche Sprache gelernt und dazu noch angegeben, dass sie alle an sie gerichteten Fragen verstanden hätte. Sie selbst sei ebenfalls davon ausgegangen, dass Frau H***** alles verstanden habe, dies aufgrund der Angaben, die die Genannte gegeben habe. Ob Frau H***** etwa gleich im Zuge der Durchführung der Kontrolle die Gewerbeberechtigung vorgezeigt oder auf deren Vorhandensein hingewiesen habe, könne sie heute nicht mehr sagen. Auf Einwand der Gattin des Berufungswerbers, dass Frau H***** im Zuge der Aufnahme der Niederschrift gesagt habe, sie hätte nicht alles konkret verstanden und daraufhin ein Kollege der nunmehrigen Zeugin gesagt hätte, die Niederschrift müsse ihr dann eben nochmals vorgelesen werden, gab die Zeugin an, an derartiges könne sie sich heute nicht mehr erinnern. Auf weitere Befragung gab die Zeugin an, mit der Gattin des Berufungswerbers sei bezüglich der Beschäftigung von Frau H***** einige Tage vor der Kontrolle gesprochen worden, im Zuge der Durchführung der Kontrolle dann aber nicht mehr konkret. Bei dem ersten geführten Gespräch sei auch nach dem abgeschlossenen Werkvertrag gefragt worden und sei damals gesagt worden, es gebe keinen schriftlichen Werkvertrag, deswegen sei zunächst offenbar auch keiner vorgelegt worden.

Auf Befragen durch den Vertreter des Berufungswerbers gab die Zeugin an, Frau H***** sei im Zuge der Aufnahme der Niederschrift nach einem „Werkvertrag“ gefragt worden, sie habe erinnerlich nichts von einem Abschluss desselben gewusst. Die gegenständliche Niederschrift sei jedenfalls wie bereits erwähnt von ihr

geschrieben worden. Auf Vorhalt der Geschäftszahl des Gewerbescheines, welche in der Niederschrift aufscheine, bzw. des Ausstellungsdatums, welches unzutreffend sei, gab die Zeugin an, sie könne sich diesen Umstand jetzt nicht erklären. Wie rasch und flüssig Frau H***** die Antworten gegeben habe, bzw. ob sie den Eindruck erweckte, als Ausländerin die Fragen nur teilweise beantworten zu können, sei es so gewesen, dass sie jetzt daran keine konkrete Erinnerung mehr habe. In die niederschriftlich angeführten Rechnungen haben sie bzw. ihre Kollegin zur Einsicht genommen, wobei auf dem Rechnungsblock auch ersichtlich gewesen sei, dass Frau H***** noch bei einer Frau Dr.K***** tätig werde. Auf Befragen durch den Vertreter des Zollamtes, ob Frau H***** nach der Entlohnung befragt worden sei, gab die Zeugin an, Frau H***** sei natürlich danach gefragt worden und habe sie einen Stundenlohn genannt. Bei dem eingangs erwähnten Gespräch mit der Gattin des Berufungswerbers sei auch diese nach der Entlohnung der Ausländerin gefragt worden und habe sie ebenfalls angegeben, dass ein Stundenlohn bezahlt werde. Auch habe die Gattin des Berufungswerbers Stundenaufzeichnungen betreffend die Tätigkeit der Ausländerin vorgelegt. Erinnerunglich wäre in diesem Gespräch auch gesagt worden, dass die Arbeitsanweisungen von der Frau des Berufungswerbers stammen. Diesbezüglich hätten sich die Angaben der Gattin des Berufungswerbers und der Ausländerin gedeckt. Erinnerunglich habe Frau H***** damals selbst gesagt, dass ihr das Werkzeug zur Verfügung gestellt werde, ob dies von der Gattin des Berufungswerbers bestätigt worden wäre, wisse sie heute nicht mehr.

Die als Zeugin in der Sache befragte Dr. U***** K***** gab an, sie wisse in etwa, worum es in der vorliegenden Sache gehe. Die in Rede stehende Frau M**** H***** sei ebenfalls bei ihr tätig, dies fallweise nach Bedarf. Es sei einfach so, dass Frau H***** bei ihr dann mache was zu tun sei und eine Rechnung hinterlasse, sowie sie ihr dann im Wege einer Freundin den Rechnungsbetrag, also das Geld, übermittle. Frau H***** sei mittlerweile etwa ein Jahr bei ihr tätig und sei sie auf Frau H***** durch eine Patientin gekommen, es handle sich hierbei um jene Frau, die Frau H***** auch immer den Geldbetrag übergebe. Ebenso habe diese ihr im Zuge eines geführten Gespräches gesagt, dass Frau H***** über eine Gewerbeberechtigung verfüge und derartige Hausservicetätigkeiten durchführe. Ob H***** auch ansonsten noch weitere Tätigkeiten durchführe, wisse sie nicht und habe sich darum auch nicht gekümmert. Bezüglich der Frau H*****.P***** glaube sie, dass Frau H***** bei dieser schon tätig gewesen sei, also bevor sie bei ihr die Arbeit aufgenommen habe, dies deshalb weil sie ihr gesagt habe, sie müsse die Tage, an denen sie tätig werde, mit einer anderen Person abgleichen. Auf Befragen durch den Vertreter der Berufungswerberin nach dem Vertragsverhältnis gab die Zeugin an, sie habe mit Frau H***** keinen schriftlichen Vertrag. Es sei einfach so, dass diese zum Putzen komme. Sie gehe davon aus, dass Frau H***** selbständig sei, zumal sie selbst diese ja nicht angemeldet habe. Sie habe Frau H***** auch gefragt, ob diese eine Berechtigung, also einen Gewerbeschein habe, wobei Frau H***** ihr mitgeteilt habe, dass sie über eine derartige Berechtigung verfüge.

Der als Zeuge befragte Dkfm. F**** M***** gab an, er wisse worum es in der vorliegenden Sache gehe. Es sei einfach so, dass ein Beratungsgespräch betreffend die Anmeldung eines Gewerbes, also eine selbständige Tätigkeit, geführt wurde. Ebenso sei die Anmeldung durchgeführt worden. Zwar könne er sich jetzt an Einzelheiten und Details nicht mehr erinnern, jedoch dürfte Frau H***** in Begleitung einer Dolmetscherin vorgesprochen haben, dies damit sie eben den Inhalt des geführten Gespräches verstand. Frau H***** sei jedenfalls über das Wesen einer selbständigen Beschäftigung aufgeklärt worden, ebenso über Versicherung, Steuernummer udgl. Es sei auch zutreffend, dass er in der Sache einmal durch Frau P***** angerufen worden sei, wobei ihn diese wegen einer Dame fragte, welche dann eben erwähnt mit einer Dolmetscherin zu ihm gekommen sei. Dies zwangsläufig noch vor der erfolgten Gewerbeanmeldung.

Die als Zeugin befragte Frau M**** H***** gab an, sie wisse im Grunde genommen worum es in der Sache gehe, also dass Herrn und Frau P***** ihre Beschäftigung gegen die Bestimmungen des AuslBG vorgeworfen wurde. Bezüglich ihrer Tätigkeit für das Ehepaar P***** sei es so, dass dieses sehr oft abwesend sei. Während dieser Zeit der Abwesenheit kümmere sie sich um das Haus und betreue darüber hinaus auch die beiden Hunde. Ebenso habe sie ihren Wohnsitz im Haus des Ehepaares P*****. Weiters betreue sie noch den Rasen und führe im Winter die Schneeräumung durch. Hierbei handle es sich um Tätigkeiten, die von der ihr ausgestellten Gewerbeberechtigung gedeckt seien. Bezüglich der Abrechnung sei es so, dass immer ein Preis vereinbart werde, also etwa für das Mähen des Grases. Ebenso vereinbare sie mit der Familie P***** einen Preis dafür, wenn sie etwa alleine im Haus sei und die Hunde betreue. Das Wohnen im Haus der Familie P***** sei an und für sich gratis, sie müsse dafür nichts bezahlen. Abgesehen vom Ehepaar P***** sei sie noch für Frau Dr.K***** tätig, sowie sie auch schon einmal einer Frau Z*** ausgeholfen habe, dies beim Gras mähen. Bezüglich der Verrechnung mit Frau Dr.K***** bzw. Frau Z*** sei die Vorgangsweise die gleiche wie beim Ehepaar P*****. Sie erstelle eine Rechnung und lege diese vor, also eine Rechnung aus ihrem Rechnungsblock. Es sei auch richtig, dass sie sich vor Aufnahme der Tätigkeit auf der Wirtschaftskammer bezüglich der Zulässigkeit der Durchführung von Tätigkeiten informiert habe. Ebenso verfüge sie über eine Steuernummer. Auf Befragen durch den Vertreter des Berufungswerbers gab die Zeugin an, es sei zutreffend, dass erst nach einem Gespräch mit dem Ehepaar P***** sie sich auf der Wirtschaftskammer bezüglich der Aufnahme der Tätigkeit erkundigt habe, nachdem ihr dann die Gewerbeberechtigung ausgestellt worden war, habe sie die Tätigkeit aufgenommen.

Nach dem Schluss des Beweisverfahrens hielt der Vertreter die im Rechtsmittel gestellten Anträge vollinhaltlich aufrecht.

Der Unabhängige Verwaltungssenat im Land NÖ hat hiezu wie folgt erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG (BGBl. Nr. 218/1975, idF BGBl. I Nr. 133/2003) gilt als Beschäftigung – soweit vorliegendenfalls von Belang - unter anderem die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis, sowie
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird.

Gemäß § 2 Abs. 4 leg.cit. ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG (BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 126/2002) darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit.a AuslBG (BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 28/2004) begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde. Bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von € 1.000,-- bis zu € 5.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von € 2.000,-- bis zu € 10.000,--, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von € 2.000,-- bis zu € 10.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von € 4.000,-- bis zu € 25.000,--.

Die Berufungsbehörde geht zunächst von der Feststellung aus, dass der Rechtsmittelwerber gegenständlichenfalls verwaltungsstrafrechtlich für die gegenständliche Übertretung des AuslBG, dies infolge der unstrittigen Beauftragung der Ausländerin die Tätigkeiten durchzuführen, einzustehen hat. Ebenso unstrittig kann festgestellt werden, dass für die im Straferkenntnis genannte ausländische Staatsangehörige zu dem im Spruch des Straferkenntnisses aufscheinenden Tatzeitpunkt, den 7. September 2005 (nur diese Tatzeit ist Sache des gegenständlichen Verfahrens) keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung nach dem AuslBG ausgestellt war.

Weiters korrespondiert das Vorbringen des Berufungswerbers, für Frau M**** H***** sei eine Gewerbeberechtigung seitens der zuständigen Behörde, der Bezirkshauptmannschaft X, ausgestellt worden, mit dem Akteninhalt, wobei sich ergibt, dass für die Genannte in das Gewerbeverzeichnis bei der Bezirkshauptmannschaft H*** das Gewerbe: Hausservice, umfassend die Reinigung, wie sie Hausbesorger zu verrichten haben, Schneeräumung, Verkehrsflächenreinigung, Rasen mähen, Laub rechen, Hecken schneiden, Wartung (nicht Reparatur) von technischen Einrichtungen, einfache Botengänge, Fenstereinstellen und abdichten und die Vermittlung von Werkverträgen an gesuchte Gewerbetreibende, als freies Gewerbe eingetragen ist.

Etwaige Abweichungen dahingehend, ob alle von der Ausländerin verrichteten Arbeiten mit der ihr ausgestellten Gewerbeberechtigung korrespondieren, sieht die Berufungsbehörde nicht von Relevanz, zumal die Ausübung einer Tätigkeit ohne des Vorhandenseins einer entsprechenden Gewerbeberechtigung und sohin ein eventueller Verstoß gegen die Gewerbeordnung ohne Einfluss darauf ist, ob die ausgeübte Tätigkeit von der Bewilligungspflicht des AuslBG umfasst ist oder nicht.

Ausgehend von der Verantwortung des Berufungswerbers ist weiters festzustellen, dass er mit Frau H***** am 9. September 2005 – zwei Tage nach Durchführung der Kontrolle – den in der Verwaltungsstrafakte befindlichen Werkvertrag abgeschlossen hat, wozu er vorbringt, es habe vorher ein mündlicher Werkvertrag mit der Genannten bestanden und sei diese mündliche Vereinbarung einfach nur später in Schriftform festgelegt worden.

Festzustellen ist auf Basis des durchgeführten Verfahrens ebenfalls, dass Frau H***** zu Beginn ihrer Tätigkeit nach Stunden bezahlt wurde, sie noch über keine eigenen Betriebsmittel verfügte und ihr ebenfalls die notwendigen Arbeitsgeräte zur Verfügung gestellt wurden. Sowie Frau H***** weiters im Haus des Berufungswerbers gewohnt hat – dies wiederum bezogen auf den Tatzeitpunkt 7. September 2005 -.

Der Begriff der Beschäftigung ist – soweit dies vorliegendenfalls in Betracht kommt, sowie es auch den Ausführungen des Rechtsmittelwerbers entspricht – durch § 2 Abs. 2 AuslBG u. a. in der Weise determiniert, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerblicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, als Beschäftigung gilt. Maßgeblich 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 u.a. auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung angesehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist, bzw. diesem etwa im Hinblick auf die Bestimmungen des § 879 ABGB (oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. etwa VwGH am 19.12.2002, Zl. 2001/09/0080). Der Begriff des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ist mit jenem des Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertragsrecht ident. Die für den Tatzeitpunkt festgestellten Tätigkeiten der Ausländerin im Bereich des Hauses des Berufungswerbers, also der Durchführung von Reinigungsarbeiten, der Betreuung der Hunde, sowie der Anwesenheit im Haus bei Abwesenheit des Berufungswerbers und seiner Gattin, stellen nach Ansicht der Berufungsbehörde jedenfalls Tätigkeiten dar, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, also die Behörde berechtigen, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinne auszugehen, sofern nicht im Verfahren jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung entgegen stehen. Wobei die Berufungsbehörde aus dem durchgeführten Verfahren keinerlei Anhaltspunkte dafür abzuleiten vermag, dass die Tätigkeit der ausländischen Staatsangehörigen zum angelasteten Zeitpunkt nicht bloß ihrer Bezeichnung sondern auch dem wirtschaftlichen Gehalt nach eine selbständige gewesen wäre. Eine derartige bewilligungspflichtige Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit in Erfüllung eines Werkvertrages, dass der Arbeitgeber die Beschäftigte nicht zur Sozialversicherung anmeldet und es ihr ermöglicht etwa innerhalb der im Haus zu verbringenden Zeit die Verrichtung ihrer Tätigkeiten bezüglich der Arbeitszeit flexibel zu gestalten. Auch der Umstand, dass die ausländische Staatsangehörige über eine Gewerbeberechtigung verfügte, ist für die Beurteilung des vorliegenden Beschäftigungsverhältnisses entsprechend dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht maßgeblich. Dies zumal die Frage, ob die ausländische Staatsangehörige eine Beschäftigung ausgeübt hat, die sie nach dem AuslBG nicht hätte ausüben dürfen, unabhängig davon zu lösen ist, ob sie Inhaberin einer Gewerbeberechtigung war und ob die von ihr durchgeführten Tätigkeiten vom Umfang der Gewerbeberechtigung gedeckt waren. Gleiches gilt für die Versicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft sowie bezüglich der Einholung einer Steuernummer beim Finanzamt. Dies zumal eine Versicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft nach Ansicht der Berufungsbehörde ebenso wenig wie eine Gewerbeanmeldung gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses spricht, weil – wie angeführt – es entscheidend auf die Erbringung von Dienstleistungen in persönlicher (wirtschaftlicher) Abhängigkeit ankommt und nicht darauf, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rechtsfolgen eines Arbeitsvertrages vermeiden wollen. So wie es vorliegendenfalls auf die Entscheidung ebenfalls ohne Einfluss war, ob die in Rede stehende Ausländerin nach dem hier angelasteten Zeitpunkt tatsächlich für den Berufungswerber als selbständig Erwerbstätige Arbeiten durchgeführt hat, bzw. sie schon vorher als Selbständige für eine dritte Person Tätigkeiten verrichtete.

Die Berufungsbehörde vertritt deshalb ebenso wie die Erstbehörde die Auffassung, dass es sich bei der Tätigkeit bei der im Spruch des Straferkenntnisses genannten ausländischen Staatsangehörigen für den Berufungswerber um eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG gehandelt hat.

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.

Im Falle eines Ungehorsamsdeliktes, als welches sich die gegenständliche Verwaltungsübertretung nach dem AuslBG darstellt, tritt somit insofern eine Umkehr der Beweislast ein, als die Behörde lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes tritt, während es Sache des Berufungswerbers gewesen wäre, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dass er die nach seinen Verhältnissen erforderliche Sorgfalt aufgewendet hätte, dies um sich die notwendige Kenntnis vom AuslBG zu verschaffen, ist dem Vorbringen des Berufungswerbers nicht zu

entnehmen, dies zumal der Berufungswerber vor Aufnahme der Tätigkeit der ausländischen Staatangehörigen Erkundigungen bei der zuständigen Behörde, also etwa der Regionalen Geschäftsstelle des AMS, bzw. des damaligen Zollamtes, KIAB, hätte einholen können, ob die von ihm gewählte Beschäftigung der ausländischen Staatsangehörigen mit den Bestimmungen des AuslBG konform geht.

Die Erstbehörde ist sohin zu Recht mit Strafverhängung vorgegangen, wobei gemäß § 19 Abs. 1 VStG Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen ist, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 - 46 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 Bestimmungen der §§ 32 - 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Ausgehend vom objektiven Unrechtsgehalt der dem Berufungswerber angelasteten Übertretung und dem Verschulden des Rechtsmittelwerbers an der Deliktssetzung, welches nicht gänzlich gering eingestuft werden konnte, zumal weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte, bzw. die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Die von der Erstbehörde getätigte Strafbemessung, welche unter Bedachtnahme darauf, dass keinerlei Erschwerungsgründe vorhanden waren und als mildernd die bisherige gänzliche verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Berufungswerbers gewertet werden konnte, sowie die Erstbehörde auch die eingeschätzten Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Berufungswerbers ihrer Strafbemessung zugrunde legte, wobei der Berufungswerber dieser Einschätzung im Rechtsmittelverfahren nicht entgegen getreten ist, war deshalb die in Höhe der gesetzlichen Mindeststrafe ausgesprochene Strafe als adäquat bemessen anzusehen und jedenfalls einer Herabsetzung nicht zugänglich.

Gemäß § 16 Abs. 1 und 2 VStG ist bei Verhängung einer Geldstrafe für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit zugleich eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstausmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen darf. Ungeachtet des Umstandes, dass die Geldstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe nicht nach einem festen Umrechnungsschlüssel zu bemessen sind, erscheint der Berufungsbehörde jedenfalls bei einer höchstzulässigen Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen die im Straferkenntnis festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen, dies im Zusammenhang mit der verhängten gesetzlichen Mindeststrafe von € 1.000,- als zu hoch bemessen, weshalb die Berufungsbehörde die Ersatzfreiheitsstrafe wie im Spruch der Berufungsentscheidung ausgeführt, herabzusetzen hatte.

Kosten des Berufungsverfahrens waren aus diesem Grunde gemäß § 65 VStG nicht aufzuerlegen.

Es war deshalb spruchgemäß zu entscheiden.