OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-300846/28/Kl/TO

Datum:
Linz, 14. August 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der M W, vertreten durch J L W S S Rechtsanwälte OG, H, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 11.09.2015, GZ: SV96-17-2013, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 09.08.2018 im fortgesetzten Verfahren

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die Geldstrafe auf 600 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 20 Stunden herabgesetzt wird. Im Übrigen wird das Straferkenntnis bestätigt.

II. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 60 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist kein Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 11.09.2015, GZ: SV96-17-2013, wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz verhängt, weil sie als Arbeitgeberin zu verantworten hat, dass sie nachstehenden ausländischen Staatsbürger beschäftigt hat, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigenbestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus" oder ein Aufenthaltstitel Daueraufenthalt-EG oder ein Niederlassungsnachweis oder eine Freizügigkeitsbestätigung ausgestellt wurde, obwohl ein Arbeitgeber, soweit im Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 idgF., nicht anderes bestimmt ist, eine(n) AusländerIn nur beschäftigen darf, wenn ihm für diese(n) eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der/die Ausländerin eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus" oder einen Aufenthaltstitel Daueraufenthalt-EG oder einen Niederlassungsnachweis oder eine Freizügigkeitsbestätigung besitzt.

Name und Geburtsdatum des beschäftigten Ausländers: N D, geb. x, wh. in H, L, rumänischer Staatsangehöriger

Tatort: Österreichisches Bundesgebiet

Tatzeit: 01.01.2013 bis 29.07.2013

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass es unrichtig sei, dass D N im angegebenen Zeitraum in einem zumindest arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis zur Beschwerdeführerin gestanden sei. Der Umstand, dass im Fall von Krankheit oder urlaubsbedingter Abwesenheit die Beschwerdeführerin selbst die Fahrten erledigt hätte oder selbst Ersatz gesucht hätte, bewirke nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit und Unselbständigkeit des D N. Auch war keine reale Möglichkeit gegeben, von seinem Recht, Aufträge an Dritte weiterzugeben, tatsächlich Gebrauch zu machen. Es sei ihm überlassen gewesen, ob er einzelne Aufträge annimmt oder nicht sowie ob er diese Aufträge persönlich oder durch einen von ihm ausgewählten Dritten durchführen lässt. Es werde auf den vorgelegten Frachtvertrag hingewiesen. Lediglich die alleinige Verantwortung

liege beim Auftragnehmer, nicht jedoch, den Transport selbst vorzunehmen. Wenn er auch nur Aufträge von der Beschwerdeführerin entgegengenommen habe, so belege dies keine unselbständige Tätigkeit, zumal er auch jederzeit anderweitige Aufträge entgegennehmen hätte können. Richtig sei, dass die Beschwerdeführerin die Touren vergebe, nicht aber die konkreten Fahrtrouten. Die konkret anzufahrenden Adressen seien nicht von der Beschwerdeführerin vorgegeben worden, sondern von der DHL Express. Von dieser seien auch die Pakete zugeteilt worden. Die Beschwerdeführerin habe lediglich einen Teil ihres Auftrages als Subauftrag weitergegeben, wobei dieser an keine Weisungen gebunden gewesen sei. Auch hinsichtlich des Zeitraumes sei zu beachten gewesen, dass aufgrund der Natur der Sache nur zu den Öffnungszeiten des Empfängers eine Zustellung habe erfolgen können. Eine Dokumentation ist lediglich zur Beweisbarkeit der Vertragserfüllung, nämlich der Quittierung des Erhaltes der Ware durch den Empfänger, erforderlich. Es sei unrichtig, dass der Zusteller die angemieteten Betriebsmittel nur für die Tätigkeit für die Beschwerdeführerin hätte verwenden dürfen. Auch sei unrichtig, dass der Leihvertrag erst am 05.03.2013 abgeschlossen worden sei. Es sei ihm freigestanden, ein eigenes Fahrzeug zu kaufen oder von Dritten anzumieten oder zu leasen. Nur bei den vorgesehenen Touren hätten nur Waren des Auftraggebers transportiert werden dürfen. Außerhalb dieser Touren hätte er das Fahrzeug nach Belieben verwenden können. Schließlich sei der Beschwerdeführerin kein Verschulden zur Last zu legen, zumal sie darauf vertrauen durfte, dass sich der Auftragnehmer als selbständiger Unternehmer seiner Versicherungspflicht im Sinn der gewerblichen Sozialversicherung nachkommt. Er sei im Besitz einer entsprechenden Gewerbeberechtigung gewesen und bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft angemeldet gewesen. Bei richtiger Rechtsanwendung hätte die Behörde gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG vorgehen müssen.

3. Über diese Beschwerde hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im ersten Rechtsgang mit Erkenntnis vom 10.09.2018, GZ: LVwG-300846/18/Kl/CG, der Beschwerde insofern stattgegeben, als die Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe aufgehoben und eine Ermahnung erteilt wurde. Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt hat gegen dieses Erkenntnis Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.04.2019, Ra 2018/09/0209-6, wurde das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 10.09.2018, GZ: LVwG-300846/18/Kl/CG, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.
Der Verwaltungsgerichtshof führte nach Darstellung des Verfahrensganges in rechtlicher Hinsicht Folgendes aus:
„Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraus, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen.

Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift oder - wie im vorliegenden Fall - eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (vgl. VwGH 3.4.2019, Ra 2018/08/0241, betreffend die Übertretung des ASVG durch die Mitbeteiligte; siehe auch VwGH 21.2.2019, Ra 2018/09/0132, 0133, und die dort getroffenen Ausführungen zu den Folgen und der Intensität von Übertretungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG).
Das Landesverwaltungsgericht hat sich in Verkennung der Rechtslage mit dem Vorliegen der genannten Voraussetzungen nicht auseinandergesetzt. Für die Erteilung einer Ermahnung aufgrund der dafür ins Treffen geführten Milderungsgründe der langen Verfahrensdauer und des seither gegebenen Wohlverhaltens - die allenfalls Grund für eine außerordentliche Strafmilderung nach § 20 VStG sein können - bietet § 45 Abs. 1 Z 4 VStG jedoch keine Grundlage.“

Diese Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes bewirkt, dass über die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 11.09.2015, GZ: SV96-17-2013, neuerlich, dies unter Beachtung der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes, zu entscheiden ist.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, Einsichtnahme in das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 12.06.2018, GZ: L510 2013435-1/22E, sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.08.2018, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und erschienen sind. Eine Ladung des rumänischen Staatsangehörigen als Zeugen konnte nicht erfolgen, zumal dieser nicht mehr in Österreich aufhältig ist und eine Adresse in Rumänien unbekannt ist.

5.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von dem im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 12.06.2018 festgestellten Sachverhalt aus. Dieser ergibt sich aus den im Akt befindlichen Unterlagen, nämlich niederschriftliche Einvernahme des D N am 29.07.2013, Frachtvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und dem Auftragnehmer vom 01.01.2013 samt Zusatzvereinbarung und Vereinbarung der Stoppvergütung, Autoleihvertrag vom 05.03.2013 und Rechnungen vom 31.01.2013, ausgestellt von der Beschwerdeführerin.
Zusammengefasst ist daher erwiesen, dass der Ausländer nur für die Beschwerdeführerin tätig war. Das für die Zustellung verwendete Kraftfahrzeug, der Scanner, die IQ-Tankkarte wurden von der Beschwerdeführerin gegen eine

Mietgebühr zur Verfügung gestellt, wobei der Scanner von der Fa. DHL stammte. Es wurden lediglich Touren, die die DHL bei der Beschwerdeführerin in Auftrag gab, für die Beschwerdeführerin durchgeführt. Es wurde daher die Toureneinteilung durch die Beschwerdeführerin vorgenommen. Auch die Rechnungslegung erfolgte nicht - wie im Vertrag festgelegt - durch den Ausländer, sondern durch die Beschwerdeführerin, wobei Mietentgelte abgezogen wurden und nur die Differenz an den Ausländer ausbezahlt wurde. Auch stammt das zu tragende Arbeitsgewand von der DHL und wurde für den Zutritt bei der DHL ein Ausweis von der DHL ausgestellt. Andere Personen ohne Ausweis hatten daher keinen Zutritt. Auch hat das zu verwendende Kraftfahrzeug die Farbe und Aufschrift der Fa. DHL. Der Rahmen für die Abholung war vorgegeben und musste auch in vorgegebenem Zeitraum die Zustellung erfolgen. Auch weitere Zustellungen werden von der Beschwerdeführerin vorgegeben. Für den Fall einer Abwesenheit (Krankheit oder Urlaub) hat eine Abmeldung bei der Beschwerdeführerin zu erfolgen und springt dann die Beschwerdeführerin selbst für den Zusteller ein oder sucht einen Ersatzfahrer. Der Ausländer verfügt zwar über eine Gewerbeberechtigung für das Güterbeförderungsgewerbe und eine Steuernummer und ist zur GSVG gemeldet, hingegen fehlt ein unternehmerisches Risiko sowie auch eine für eine selbständige Gewerbeausübung erforderliche Geschäftsführung. Das Dienstverhältnis wurde am 17.01.2014 aufgelöst. Im Jahr 2013 beschäftigte die Beschwerdeführerin sowohl selbständige Frachtführer als auch angestellte Zusteller, nunmehr werden nur mehr angestellte Zusteller beschäftigt.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

6.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „ Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung-Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot-Karte Plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung Plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt-EU“ besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung-Künstler“ oder keine „Rot-Weiß-Rot-Karte Plus“, keine „Aufenthaltsberechtigung Plus“, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen

Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt-EU“ besitzt, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern, für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro - 10.000 Euro, in Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro - 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro - 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro - 50.000 Euro.

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung
a) in einem Arbeitsverhältnis,
b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984.

Gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
Gemäß § 28 Abs. 7 AuslBG ist das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind.

6.2. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 09.12.2010, 2010/09/0190-5, und vom 16.09.2010, 2010/09/0069-0070-9, sowie in ständiger Rechtsprechung ausführt, „ist der Begriff der Beschäftigung, 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 unterworfenes) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. 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 rechtskräftigen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23.05.2002, Zl. 2000/09/0190, mwN).

Für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses (§ 2 Abs. 2 lit.a AuslBG) ist entscheidend, dass die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber vorliegt, die sich in der Eingliederung in und die Unterwerfung unter die betriebliche Organisation des Arbeitgebers manifestiert. Daraus resultiert dann auch die wirtschaftliche Abhängigkeit. Wesentlich sind dabei die persönliche Dienstpflicht (Ausschluss einer Vertretung), die Weisungsunterworfenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsdurchführung und die damit verbundene Ausschaltung jeglicher Bestimmungsfreiheit, ferner die Kontrolle durch den Dienstgeber. Für die selbständige Tätigkeit spricht hingegen die Tragung des unternehmerischen Risikos oder die Arbeit mit eigenen Betriebsmitteln.

Die Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) wird dann anzunehmen sein, wenn zwar die für ein ‚echtes' Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einer solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind (vgl. z.B. hg. Erkenntnis vom 22.02.2006, Zl. 2005/09/0012). Auch diesbezüglich kommt es - wie oben erwähnt - nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (Werkvertrag oder freier Dienstvertrag; vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18.10.2000, Zl. 99/09/0011). Auch ein freier Dienstvertrag begründet nicht automatisch eine arbeitnehmerähnliche Stellung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20.11.2003, Zl. 2000/09/0208). Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22.02.2006, Zl. 2005/09/0012).

Als typisch für eine arbeitnehmerähnliche Stellung werden etwa die Tätigkeit im Betrieb des Auftraggebers, Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, persönliche Leistungspflicht, Beschränkung der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit, Berichterstattungspflicht, Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Arbeit nur für einen oder nur eine geringe Zahl von Auftraggebern, Unternehmensbindung, Entgeltlichkeit oder direkter Nutzen der Arbeitsleistung für den Auftraggeber genannt.

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern

darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art ‚beweglichem System', in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen so wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22.02.2006, Zl. 2002/09/0187)."

6.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in richtungsweisenden Entscheidungen zu GZ: LVwG-300272/9/Fi/MH sowie hinsichtlich einer Dienstnehmereigenschaft nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz zu GZ: LVwG 300274/7/Ki/MH, LVwG-300252/12/KLi/TK und LVwG-301509/8/BMa/PP unter Zugrundelegung eines identen bzw. ähnlichen Sachverhaltes die Eigenschaft des Paketzustellers bzw. Zeitungzustellers als Beschäftigten bzw. Dienstnehmer beurteilt. Unter anderem wurde insbesondere auch die Tätigkeit der Zustellung und Abholung von Paketen als eine einfache, im unmittelbaren Arbeitsablauf zu besorgende Tätigkeit qualifiziert, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird. Solche Tätigkeiten, wie etwa das Einlegen von Werbematerial oder Aufkleben von Stickern, die Tätigkeit als Werbemittelverteiler, die Tätigkeit als Schneeräumer mit einem firmeneigenen Schneeräumgerät nach einem vorgegebenen Plan, die Tätigkeit als Verpacker, die Tätigkeit als Fleischzerleger und Entknocher oder auch die Tätigkeit als Verkäufer von Getränken als Pächter eines Kiosks wurden vom Verwaltungsgerichtshof als arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten gewertet, die derart durch die Vorgaben des Auftraggebers vorbestimmt sind, dass sie als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren waren und auch in wirtschaftlicher Hinsicht für den Ausländer keine reale Möglichkeit bestand, von dem ihm vorgehaltenen Recht, Personal einzusetzen, auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Für das Vorliegen einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit spricht auch, dass der Ausländer seine Tätigkeit nur für ein bestimmtes Unternehmen, nämlich für die Beschwerdeführerin ausgeübt hat, nicht aber für eine unbegrenzte, ständig wechselnde Zahl von Auftraggebern, wie es bei einer selbständigen Tätigkeit der Fall wäre (VwGH 22.02.2006, 2002/09/0187). Zwar war der Auftragnehmer grundsätzlich in der konkreten Gestaltung der ihm zugeteilten Route frei, was jedoch in Ansehung der übrigen Umstände zu keiner anderen Beurteilung im Sinn führt, weil aufgrund der zeitlichen Vorgaben eine zweckentsprechende Reihenfolge bei der Auslieferung auch ohne diesbezügliche ausdrückliche Anweisung des Auftraggebers angezeigt

war. Es war nämlich die Aufgabe des Ausländers, ganz bestimmte Pakete an ganz bestimmte Adressaten zuzustellen bzw. von dort abzuholen und zwar innerhalb eines genau definierten Zeitraumes. Bei dieser Art der Tätigkeit und der Bestimmung von deren Ablauf ist die Entscheidungsfreiheit des Ausländers daher als sehr beschränkt anzusehen. Auch kommt dem vom Ausländer beizustellenden eigenen Betriebsmittel - der Zustell-LKW wurde formal vom Ausländer mit Vertrag angemietet - nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes keine entscheidende Bedeutung zu, weil der Verwaltungsgerichtshof in Fällen, in denen der Ausländer notwendig ein eigenes Kraftfahrzeug zu benutzen hatte, durchaus die Tätigkeit des Ausländers als Beschäftigung im Sinn des AuslBG qualifiziert hat. Eine sonstige unternehmerische Infrastruktur war nicht erforderlich, zumal auch die während der Tätigkeit zu tragende Kleidung dem Ausländer zur Verfügung gestellt wurde. Auch der Umstand, dass der Ausländer im Besitz eines Gewerbescheins gewesen ist, hindert grundsätzlich die Qualifikation seiner Verwendung als Beschäftiger nicht, weil der Ausländer in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht in den Ablauf des Unternehmens der Beschwerdeführerin eingegliedert und von dieser abhängig war. Der Verwaltungsgerichtshof hat Tätigkeiten wie die Zustellung von Zeitungen und Werbemitteln, auch wenn dies mit dem eigenen PKW erfolgte, als Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG qualifiziert (VwGH 25.06.2013, 2011/09/0065). Angesichts einer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit des Ausländers von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall, in dem Pakete in einem eigens für diese Zwecke angemieteten LKW zugestellt und abgeholt werden, kann daher auch der angefochtene Bescheid nicht als rechtswidrig erachtet werden (VwGH 03.10.2013, 2012/09/0150). Wenngleich es offensichtlich für die Beschwerdeführerin durchaus ausschlaggebend gewesen sein mag, dass der Ausländer über einen Gewerbeschein verfügte, wurde die gegenständliche Tätigkeit dadurch nicht zu einer selbständigen. Auch kommt es bei der Beurteilung, ob eine Tätigkeit in den Anwendungsbereich des AuslBG fällt, nicht entscheidend darauf an, ob sich der Ausländer zur Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft angemeldet oder Kontakt zum Finanzamt aufgenommen hat (VwGH 12.11.2013, 2012/09/0076). Es führt daher die bloße Anmeldung bei der Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft und die Erzielung einer eigenen Steuernummer nicht zur Selbständigkeit. Auch führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass bei Zustelltätigkeiten es in der Natur der Sache liege, dass die Tätigkeit nicht in einem konkreten, räumlich umgrenzten Betrieb ausgeübt wird (VwGH 25.06.2013, 2011/09/0065).

6.4. Im Grunde des festgestellten Sachverhaltes und der zum Beschäftigungsbegriff bereits ergangenen umfangreichen Judikatur war daher auch im gegenständlichen Fall von der objektiven Tatbestandsmäßigkeit auszugehen. Insbesondere unter dem Blickwinkel des § 2 Abs. 4 AuslBG, dass die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nach dem

wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht nach der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes zu erfolgen hat, war davon auszugehen, dass der mit dem Ausländer abgeschlossene Frachtvertrag und der hinsichtlich des verwendeten Kraftfahrzeugs abgeschlossene Mietvertrag eigentlich nur dazu dienten, den wahren Sachverhalt zu überdecken, nämlich, dass der Ausländer zu Dienstleistungen, zu denen sich die Beschwerdeführerin verpflichtet hat, in Österreich herangezogen wurde, und zwar ausschließlich für die Beschwerdeführerin und auch nach den Vorgaben der Beschwerdeführerin. Hiefür wurde auch ausschließlich durch die Beschwerdeführerin abgerechnet.

Wenn sich die Beschwerdeführerin hingegen damit verantwortet, dass der Ausländer einen Gewerbeschein hatte und ein selbständiges Gewerbe angemeldet hatte und auch über eine Steuernummer beim Finanzamt verfügte, so ist diesem Vorbringen die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten, wonach es keineswegs ausgeschlossen ist, dass ein Dienstverhältnis vorliegt, wenn der Dienstnehmer zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt (VwGH 18.02.2009, 2007/08/0041). Allein mit der Ausstellung von Gewerbescheinen kann damit die Selbständigkeit des Ausländers nicht begründet werden.

Diese Erwägungen liegen auch dem rechtskräftigen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes zur Frage der Dienstnehmereigenschaft nach dem ASVG zu Grunde.

6.5. Hinsichtlich des Verschuldens verweist die belangte Behörde zu Recht auf die Bestimmung des § 5 Abs. 1 VStG.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts 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.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis erbracht wird.
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes

Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht aus.

Die Beschwerdeführerin hat zu ihrem Verschulden nichts vorgebracht und kein Vorbringen und keine Beweismittel zur Entlastung beigebracht. Es war daher im Sinne der zitierten Bestimmung von Fahrlässigkeit und daher schuldhaftem Verhalten auszugehen.

Wie bereits ausgeführt wurde, kann der Umstand der Meldung zur gewerblichen Sozialversicherung keinen Entschuldigungsgrund darstellen. Vielmehr hätte sich die Beschwerdeführerin bei einer zuständigen Stelle, also der zuständigen Behörde, erkundigen müssen. Dass sie diesbezügliche Anstrengungen vorgenommen hätte, hat die Beschwerdeführerin nicht vorgebracht. Insbesondere war im Tatzeitraum bereits eine entsprechende höchstgerichtliche Judikatur zur Einordnung des Vertragsverhältnisses als Beschäftigungsverhältnis gegeben gewesen. Es war daher vom schuldhaften Verhalten der Beschwerdeführerin auszugehen.

6.6. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF. BGBl. I Nr. 33/2013, in Geltung ab 01.07.2013, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Die belangte Behörde hat die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt und ist bei der Strafbemessung von einem monatlichen Einkommen von ca. 2.000 Euro sowie keinem nennenswerten Vermögen und keinen Sorgepflichten ausgegangen. Erschwerungsgründe lagen ebenfalls nicht vor. Sie hat die lange Verfahrensdauer,

da zwischen dem Tatzeitraum und der Erlassung des Straferkenntnisses bereits über 2 Jahre verstrichen waren, als mildernd berücksichtigt.

Da aber im Grunde der Aussetzung des Verfahrens durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und des Revisionsverfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof fast 4 Jahre seit der Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses vergangen sind, war dies ebenfalls entsprechend zu werten.

Diesbezüglich hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 26.06.2008, B304/07 ausgesprochen, dass die Angemessenheit der Verfahrensdauer nach der Rechtsprechung des EGMR nicht abstrakt, sondern im Lichte der besonderen Umstände jedes einzelnen Falles zu beurteilen ist. Die besonderen Umstände des Einzelfalles ergeben sich aus dem Verhältnis der Wechselwirkung verschiedener Faktoren. Neben Faktoren, welche die Verfahrensdauer beeinflussen, nämlich die Schwierigkeit des Falles, das Verhalten des Beschwerdeführers und das Verhalten der staatlichen Behörden in dem bemängelten Verfahren, ist auch die Bedeutung der Sache für den Beschwerdeführer relevant (vgl. VfSlg 17307/2014; 17582/2005, 17644/2005). Nicht eine lange Verfahrensdauer schlechthin führt zu einer Verletzung, sondern nur eine Verzögerung, die auf Versäumnis der staatlichen Organe zurückzuführen ist. Der Rechtsprechung des EGMR ist daher keine fixe Obergrenze für die Angemessenheit der Verfahrensdauer zu entnehmen, ab deren Überschreitung jedenfalls eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK anzunehmen wäre (vgl. VfSlg 16385/2001 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR).

Im gegenständlichen Verfahren sind seit der Tatbegehung bis zur Erlassung des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgeriches Oberösterreich 6 Jahre vergangen, sodass von keiner im Sinn des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizierenden noch gänzlich angemessenen Verfahrensdauer auszugehen war und dieser Umstand über die Bemessung durch die belangte Behörde hinaus (zusätzliche 4 Jahre) im Sinn des § 34 Abs. 2 StGB bei der Strafbemessung entsprechend zu werten war. Insbesondere war die überlange Entscheidungsdauer beim Bundesverwaltungsgericht, welche der Beschwerdeführerin nicht angelastet werden kann, heranzuziehen.

Mildernd war aber auch jedenfalls zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin im Grunde der anhängigen Verfahren keine selbständigen Zusteller mehr beauftragte, sondern nur mehr angestellte Zusteller in ihrem Betrieb hat. Sie hat sich seit dem Tatzeitpunkt, immerhin seit 6 Jahren, wohlverhalten. Dies war ebenfalls erheblich mildernd zu berücksichtigen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Da die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG; der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde war gemäß § 64 Abs. 2 VStG auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe herabzusetzen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt