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-302400/16/KL/CG

Datum:
Linz, 4. Dezember 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des T H-R, vertreten durch Rechtsanwälte K & N, H, M, L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 29. Mai 2019, GZ: SanRB96-67-2019, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 13. und 27. November 2019

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld als unbegründet abgewiesen. Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde dahingehend stattgegeben, dass die Geldstrafe auf 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe auf 17 Stunden herabgesetzt wird.

II. Der Verfahrenskostenbeitrag vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 50 Euro. Zum Beschwerdeverfahren entfällt ein Verfahrenskostenbeitrag.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 29. Mai 2019, GZ: SanRB96-67-2019, wurde gegen den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 66 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 3 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verhängt, weil der als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der D F GmbH, mit Sitz in L, H, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat, dass diese Firma als Arbeitgeberin den irakischen Staatsangehörigen H R, geb. x, zumindest vom 26.10.2018 bis 29.1.2019 als Dienstnehmer (Speisenzusteller) jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigt hat, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige "Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobile unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung-Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt-EU“ besaß.

Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Linz bei einer Kontrolle am 29.1.2019 am Gewerbestandort von Herrn R in A, H, sowie durch Abfragen im Hauptverband, festgestellt.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass D und R von der D F GmbH nicht als persönlich und wirtschaftlich abhängige Dienstnehmer beschäftigt worden seien, sondern diese als selbständige Geschäftspartner der D F GmbH Speisenzustellungen vorgenommen hätten. Diese führte für die Onlineplattform M.at Essenslieferungen im Großraum Linz durch. Die Bestellungen werden vom Kunden über die App oder die Website von M.at getätigt. Über ein Softwaresystem, mit welchem auch die Fahrer der D F GmbH verbunden sind, werden die Aufträge an einen verfügbaren Fahrer zugeteilt. Grundsätzlich seien für die D F GmbH zum überwiegenden Teil unselbständige Dienstnehmer beschäftigt, welchen größtenteils auch eigene Firmenfahrzeuge zur Verfügung gestellt werden. Wenn unselbständige Fahrer die Lieferungen mit eigenen PKW´s vornehmen, wird diesen der dafür angefallene Aufwand zusätzlich zum vereinbarten Monatslohn vergütet. Neben diesen unselbständigen Dienstnehmern führen D und R und selbständige

Geschäftspartner Essenslieferungen für die D F GmbH durch. Vor Beginn der Geschäftsbeziehungen seien mit den selbständigen Geschäftspartnern die Rahmenbedingungen wie insbesondere das Entgelt pro erfolgter Lieferung sowie ein Vertretungsrecht geregelt worden. Im Unterschied zu unselbständigen Fahrern erhalten die selbständig tätigen Geschäftspartner keinerlei Betriebsmittel, sodass insbesondere die Fahrzeuge und die EDV-Hardware von den selbständigen Geschäftspartnern bereitzustellen ist. Eine über die Pauschale pro Lieferung hinausgehende Vergütung beispielsweise für die Verwendung des PKW´s wird nicht geleistet. Auch steht es ihnen frei, über Software zugeteilte Aufträge zur Gänze abzulehnen bzw. ohne Rücksprache mit der D F GmbH offline zu gehen. Sobald ein Fahrer offline geht, scheint dieser nicht mehr im System auf, sodass diesem auch keine Aufträge mehr zugeteilt werden können. Auch sind den Selbständigen keinerlei Arbeitszeiten vorgegeben. Es ist lediglich vereinbart, dass die selbständigen Geschäftspartner die Zeiten, in welchen sie verfügbar sind, gegenüber der D F GmbH bekannt geben. Für den Fall, dass der Bedarf in diesen Zeiten durch eigene Dienstnehmer abgedeckt werden kann, wird den selbständigen Geschäftspartnern mitgeteilt, dass sie in diesem Zeitraum nicht benötigt werden. Es obliegt aber den selbständigen Geschäftspartnern diese Aufträge nach Belieben anzunehmen oder abzulehnen bzw. haben sie auch die Möglichkeit, ohne jegliche Konsequenzen offline zu gehen, was zur Folge hat, dass ihnen überhaupt keine Aufträge mehr zugeteilt werden können.

Es wurde auf das E-Mail der OÖ. GKK vom 5.6.2019 hingewiesen, wonach hinsichtlich der Herren D und R keine Dienstnehmereigenschaft im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG vorliegt. Es wurde mit den Geschäftspartnern in den gegenständlichen Rahmenvereinbarungen ausdrücklich ein Vertretungsrecht vereinbart. Da aber keine Bindung an vorgegebene Arbeitszeiten besteht, kann von diesen nicht verlangt werden, sich vertreten zu lassen wenn sie nicht für Essensauslieferungen zur Verfügung stehen. Eine Pflicht zur Vertretung besteht nicht. Wenn ein entsprechender Bedarf besteht und die selbständigen Geschäftspartner nicht zur Verfügung stehen, hat der Beschwerdeführer daher jedenfalls für Ersatz zu sorgen. Die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit hinsichtlich der selbständigen Geschäftspartner sind daher nicht gegeben. Sie sind nicht an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit und das arbeitsbezogene Verhalten des Unternehmens gebunden und kommt der D F GmbH keinerlei Kontroll- und Weisungsbefugnis zu.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie durch Anberaumung und Durchführung von öffentlichen mündlichen Verhandlungen am 13. November und 27. November 2019, zu welchen die Verfahrensparteien geladen wurden und mit Ausnahme der

belangten Behörde erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen P D, H R und M S geladen und einvernommen.

4.1. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der D F GmbH mit Sitz in L, H, welche im September 2018 entstand und sich am Wohnsitz des Vaters des Beschwerdeführers befindet. Der Vertrag mit der Firma M begann mit 1. Oktober 2018. Mit 1.10.2018 erwarb die Gesellschaft am Firmensitz als Standort die Gewerbeberechtigung für Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer ist ebenfalls der Beschwerdeführer eingetragen. Die Gesellschaft ist Subunternehmerin der Fa. M, eine Onlineplattform zur Essensbestellung. Zuständiges Gebiet ist die Stadt Linz und die Umlandgemeinden wie Traun, Leonding etc. Die Gesellschaft verfügt über 20 – 25 unselbständig Beschäftigte sowie über D und R, wobei diese als Selbständige zum Ausgleich von Spitzen gedacht sind. Mit der Fa. M gibt es eine klare Vereinbarung, wonach die Dispatcher genau Bescheid wissen über die unselbständig und selbständig tätigen Mitarbeiter, wobei unter den Unselbständigen auch Radfahrer sind, für welche bestimmte Ziele gesperrt sind. Als Selbständig gedacht mit Werkvertrag bzw. Vereinbarung waren P D seit 1.11.2018 und H R seit 26.10.2018. Mit D gab es einen Werkvertrag von 1.11.2018, wobei ein Entgelt von 4 Euro pro Lieferung, sowie ein Ablehnungsrecht und ein Vertretungsrecht vereinbart wurden. Mit Vereinbarung vom 1.1.2019 wurde ein Entgelt von 3,70 Euro pro Lieferung vereinbart, weil das Lieferungsgebiet verdichtet wurde und daher nicht mehr so lange Wege anfallen. Dies ist auch aus der Rechnungslegung vom 3.12.2018 für den Monat November 2018 ersichtlich. Mit R wurde zunächst ein Werkvertrag vom 26.10.2018 geschlossen, wobei als Entgelt 80 Euro pro Tag festgelegt wurde. Mit Vereinbarung vom 1.11.2018 wurde ein Entgelt von 3,50 Euro je Lieferung vereinbart. Auch in diesen Vereinbarungen ist ein Ablehnungsrecht und Vertretungsrecht festgelegt. In den jeweiligen Vereinbarungen ist auch festgehalten, dass eine Woche im Voraus mitzuteilen ist, an welchen Tagen der Zusteller eingeteilt werden möchte.

H R hat das Güterbeförderungsgewerbe mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt, mit 27.8.2018, P D mit 1.11.2018 angemeldet.

Die Rechnungslegung durch R erfolgte zunächst zu einem Tagessatz von 80 Euro für 26. – 28.10.2018, sodann mit Honorarnote Nr. 1 sowie Honorarnote Nr. 2 für 80 Lieferungen zu je 3,00 Euro für den gleichen Zeitraum. Weiters wurde mit Honorarnote Nr. 2 für den Zeitraum 1.11. bis 30.11.2018 mit einem Satz von 3,50 Euro pro Lieferung verrechnet sowie mit Honorarnote Nr. 3 für den Zeitraum von

1.12. bis 30.12.2018 mit einem Satz von 3,50 Euro pro Lieferung, wobei bei der Honorarnote Nr. 3 ein Firmenlogo „H R D GmbH x“ verwendet wurde.
Von beiden Personen wurde die Software R verwendet, wobei man sich online und offline stellen konnte. Im Offline-Modus war man nicht erreichbar. Weiters gab es noch den Modus „Temp“, bei dem man kommunizieren konnte, allerdings nicht für Auslieferungen zur Verfügung stand. Weiters wurden mit dieser App im Online-Modus die Bestellungen dem jeweiligen Auslieferer zugewiesen und waren sowohl die verfügbaren Zeiten als auch erfolgten Lieferungen durch diese App aufgezeichnet und für den Auslieferer abrufbar. Aufgrund dieser Aufzeichnungen wurde dann Rechnung gelegt.

Eine Woche im Voraus wurde der Gesellschaft, also dem Beschwerdeführer, vom Auslieferer bekanntgegeben, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten er zur Verfügung stand. Beide gaben aber an, dass sie grundsätzlich von Mittwoch bis Sonntag von 11.00 Uhr – 23.00 Uhr zur Verfügung standen. Die R-App lief ebenfalls von 11.00 Uhr – 23.00 Uhr, allerdings 7 Tage die Woche, ausgenommen wenn die Plattform ausgebucht war, dann konnten keine Bestellungen mehr auf der Bestellplattform abgegeben werden. Die Bestellungen auf der Plattform M.at werden mit der App vom Dispatchmentteam jenem Auslieferer zugewiesen, der dem Abhol- und Zielort am nächsten ist.

Während sich D gelegentlich auch während der von ihm angegebenen Zeiten offline stellte und auch gelegentlich Bestellungen ausdrücklich ablehnte, war dies bei R nicht der Fall. Die Handyaufzeichnungen dokumentieren, dass von R Pausen an den Beschwerdeführer bekanntgegeben wurden und auch gefragt wurde wenn er vorzeitig seine Zeiten der Verfügbarkeit beendete bzw. wenn er auch krankheitshalber nicht zur Verfügung stehen wollte bzw. auch Urlaub haben wollte. Auch ist aus einer Kommunikation dokumentiert, dass er nicht sofort offline gehen durfte, sondern einige Bestellungen noch ausführen sollte bevor er seine Arbeit beendete. Er fragte auch wenn er Urlaub haben wollte. Wenngleich auch vertragsmäßig ein Ablehnungsrecht eingeräumt wurde, so zeigen die Dokumentationen, dass dies nicht so gelebt wurde. Auch wenn R angibt, dass er die Meldungen nur freiwillig macht, so zeigen doch die Dokumentationen, dass von einem bedingungslosen Ablehnungsrecht und von einer freien Zeiteinteilung durch R nicht Gebrauch gemacht wurde. Vielmehr ist R gemäß den eingehenden und zugewiesenen Bestellungen in Linz und Umgebung immer nachgekommen.

Bei der Einstellung „Temp“ kann der Auslieferer angeschrieben werden, führt aber keine Bestellungen durch und bekommt keine Bestellungen. Bei der weiteren Taste „Chat“ kann kommuniziert werden, z.B. kann man sich da abmelden. Die Kommunikation fand hinsichtlich D immer mit M statt, nicht mit dem Beschwerdeführer. Die Bestellungen und Abwicklung wurden nur mit dem Dispatchteam der Fa. M kommuniziert. Auch Reklamationen werden über Chat durch die Fa. M an den Auslieferer weitergegeben. Während D lediglich mit M

kommunizierte und nicht mit dem Beschwerdeführer, lag die Kommunikation von R nur mit dem Beschwerdeführer vor und wurde diese Kommunikation mit WhatsApp durchgeführt. Während R lediglich die eine Gewerbeberechtigung besaß und im Zeitraum Oktober 2018 bis Jänner 2019 nur für den Beschwerdeführer arbeitete, verfügte D auch über andere Gewerbeberechtigungen und übte auch diese anderen Gewerbe aus.

Sowohl D als auch R fahren mit eigenen PKW´s, wobei diese keine Beschilderung oder Kennzeichnungen mit Firmenlogo aufweisen. R bekam auch eine Jacke mit der Aufschrift „M“, sowie ein Schild mit Firmenaufschrift, das er aber nicht verwendete. Auch bekommen sie für den Aufwand betreffend Fahrzeug keine gesonderte Vergütung.

Die unselbständig Beschäftigten fahren zum Teil mit Firmenkraftfahrzeugen, zum Teil auch mit eigenen Kraftfahrzeugen. Bei Verwendung der eigenen Kraftfahrzeuge bekommen sie 75 Cent pro Bestellung als Vergütung. Die unselbständig Beschäftigten bekamen Firmenschilder und Bekleidung mit der Aufschrift M, allerdings besteht keine Verpflichtung zur Verwendung.

Bei einer Kontrolle des P D bei M in L, W, am 22.1.2019 wurde festgestellt, dass dieser bis zu diesem Zeitpunkt nicht zur Sozialversicherung gemeldet war. Bei einer Kontrolle des R an seinem Standort am 29.1.2019 wurde festgestellt, dass dieser bis zu diesem Zeitpunkt nicht zur Sozialversicherung gemeldet war und auch keine arbeitsmarktrechtlichen Papiere vorlagen.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den von den Parteien vorgelegten Unterlagen sowie insbesondere auch aus den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen. Der Zeuge D hat überzeugend und glaubwürdig seine Vorgehensweise bei der Auslieferung dargelegt und auch die Rechnungslegung dargelegt. Insbesondere konnte er einwandfrei seine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der zur Verfügungstellung seiner Arbeitskraft darlegen. Der Zeuge R hingegen hatte Verständigungsprobleme, allerdings war aus seinen Angaben zwar zu entnehmen, dass er frei wählen konnte, andererseits ist aber auch aus seinen Aussagen bekräftigt, dass eine Ablehnung nie vorgekommen ist, dass die Bestellungen von ihm immer erledigt wurden und auch keine Wahl der Gebiete erfolgte. Zwar gab er auch an, dass er sich nicht abmelden musste, führte aber trotzdem an, dass er dies machte, und zwar immer beim Beschwerdeführer. Dies ist auch aus der Handykommunikation ersichtlich. Daraus ist aber auch ersichtlich, dass der Zeitpunkt des Abschaltens nicht einseitig vom Zeugen festgelegt werden konnte. Auch ist aus dem Verlauf ersichtlich, dass die Rechnungslegung mit dem Beschwerdeführer abgestimmt wurde und ihm der Beschwerdeführer behilflich war. Während der Zeuge D lediglich zur Bekanntgabe von Tagen und Uhrzeiten eine Kommunikation mit dem Beschwerdeführer pflegte, die übrige Kommunikation aber mit M erfolgte, erfolgte die Kommunikation des

Zeugen R ausschließlich mit dem Beschwerdeführer und nicht mit der Fa. M. Bei gleichlautender Vereinbarung ergaben sich daher in der Ausführung durch die Zeugen wesentliche Unterschiede.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr. 56/2018 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“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder „Niederlassungsbewilligung – 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, 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“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000 Euro bis 50.000 Euro zu bestrafen.

§ 2 AuslBG lautet:
(1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt 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, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

[...]

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. [...]

Nach § 28 Abs. 7 AuslBG ist, wenn ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Baustellen eines Unternehmens angetroffen wird, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, 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.

5.2. Wie der Verwaltungsgerichtshof 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 und/oder 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 zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, ZI. 2000/09/0190, mwN).

Dies hat der Verwaltungsgerichtshof jüngst in seiner Entscheidung vom 20.3.2019, Ro 2018/09/0007, bekräftigt. Darin führt er weiters aus, dass die

Arbeitnehmerähnlichkeit (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) dann anzunehmen sein wird, wenn zwar die für ein „echtes“ Arbeitsverhältnis charakteristische persönliche Abhängigkeit fehlt, die Rechtsbeziehung zum Auftraggeber einem solchen aber wegen der wirtschaftlichen Unselbständigkeit ähnlich ist, weil die Kriterien fremdbestimmter Arbeit in einem gewissen Umfang gegeben sind. Auch diesbezüglich kommt es – wie oben erwähnt – nicht darauf an, wie die Beziehung zum Auftraggeber zivilrechtlich zu qualifizieren ist (z.B. Werkvertrag oder freier Dienstvertrag). Auch ein freier Dienstvertrag kann eine unternehmerähnliche oder eine arbeitnehmerähnliche Stellung begründen. Entscheidende Bedeutung hat der Umstand, dass die betreffende Person in ihrer Entschlussfähigkeit bezüglich ihrer Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt ist. 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 Auftragsgebers, Arbeit nur für einen oder nur für eine geringe Zahl von Auftraggebern, Unternehmensbindung, Entgeltlichkeit oder direkter Nutzen der Arbeitsleistung für den Auftraggeber, Arbeit gegen gesonderte Abgeltung von Aufwendungen genannt. Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht hingegen, dass der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, der werbend am Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert, wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist. Ein Abhängigkeitsverhältnis ist dort anzunehmen, wo keine unternehmerische Eigeninitiative und kein unternehmerisches Erfolgsrisiko getragen wird (mit weiteren Nachweisen). Wie ausgeführt ist für das Vorliegen eines der Bewilligungspflicht unterworfenen Beschäftigungsverhältnisses im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis und eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers ausreichend.

Im Sinne dieser Judikatur ist von einer Gesamtbetrachtung der gesamten Umstände auszugehen, wobei die einzelnen Elemente wie in einem beweglichen System zu würdigen sind. Danach ist im Zusammenhang mit dem rechtskräftig festgestellten Sachverhalt davon auszugehen, dass eine unternehmerische Tätigkeit mit speziellen Betriebsmitteln, Werbung am Markt, unternehmerische Infrastruktur, unternehmerische Eigeninitiative, unternehmerisches Erfolgsrisiko usw. nicht gegeben sind. Wenngleich auch eine Pauschalabgeltung vereinbart ist, so war beim Ausländer nicht davon auszugehen, dass er selber eine Spesenberechnung bzw. Aufwandsberechnung ausübt. Auch hindert nicht der Umstand, dass er sich einen PKW auf Kredit angeschafft hat, welcher aber noch nicht bezahlt ist. Es handelt sich um einen üblichen Personenkraftwagen, der auch privat genutzt wird und werden kann. Spezielle betriebliche unternehmerische Auslagen wurden hingegen nicht geltend gemacht. Auch verwendet er sein

Privathandy. Auch ist daraus ersichtlich, dass er private Kommunikationsformen wie WhatsApp verwendet. Hingegen stellt auch die dokumentierte Kommunikation dar, dass sich der Ausländer ausschließlich nach den Anweisungen des Beschwerdeführers richtet, dies insbesondere auch hinsichtlich der Arbeitszeiten oder der Freizeiten. Wenngleich auch vertraglich ein Ablehnungsrecht vereinbart wurde, so wurde dies zu keiner Zeit gelebt und kam nicht vor, wie der Ausländer auch ausführlich angab. Auch deckten sich seine Aufträge mit dem vereinbarten Gebiet, sodass keine Ablehnung erfolgte. Die dokumentierte Kommunikation hingegen zeigte, dass die freie Zeiteinteilung nicht so frei gelebt wurde, sondern vielmehr Pausen oder Beendigung der Arbeitszeit oder Urlaub oder Krankheit gemeldet und auch mit dem Beschwerdeführer vereinbart wurden. Es wurden auch diesbezüglich abschließende Tätigkeiten noch vereinbart. Eine vollständige Entscheidungsfreiheit ist aus der Kommunikation nicht ersichtlich. Auch kam zum Tragen, dass der Ausländer nur für den Beschwerdeführer arbeitete und daraus seinen Lebensunterhalt bestritt. Bewerbung oder sonstige unternehmerische wettbewerbliche Tätigkeiten unterblieben. Auch ist trotz eines vereinbarten Vertretungsrechts es nie zu einer Vertretung gekommen. Vielmehr gab der Ausländer an, stets persönlich die Leistung erbracht zu haben. Auch kam der direkte Nutzen seiner Leistungen dem Beschwerdeführer zu Gute. Hingegen waren die näheren Umstände des Auftrages bzw. der Auftragsabwicklung dem Ausländer nicht bekannt, so wusste er nicht Bescheid über das Bestellsystem der Plattform „M.at“. Er gab auch keinerlei Kommunikation zum Dispatchteam der M bekannt. Auch richtete er seine Rechnungslegung an den Beschwerdeführer nach den Angaben des Beschwerdeführers aus. Eine echte unternehmerische Rechnungsführung und Rechnungslegung ist daraus nicht ersichtlich. Auch stehen dem Ausländer keinerlei Betriebsmittel wie Computer, Büro usw. zur Verfügung. Es ist aus den Angaben des Ausländers keine unternehmerische Eigeninitiative zu erkennen. Auch ist in der erbrachten Leistung der Zustellung nach den genauen Vorgaben in den übermittelten Bestelllisten nur eine einfache Tätigkeit zu erblicken, die wenig Entscheidungsspielraum offen lässt. Der Ausländer traf selber keine Entscheidungen, welche Bestellungen er ausführte und welche nicht. Es ist daher in Gesamtbetrachtung der Umstände von einem Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Eine Bewilligung lag für den Tatzeitraum nicht vor. Es war daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt.

5.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof in zahlreicher Judikatur, z.B. vom 17.12.2013, 2012/09/0092, ausführt, sind Übertretungen nach dem § 28 Abs. 1 AuslBG Ungehorsamsdelikte im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. In einem solchen Fall ist das verantwortliche Organ strafbar, wenn es nicht genügend Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. Bei Erfüllung des objektiven Tatbildes hat der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung

kein Verschulden trifft. Solange dies nicht der Fall ist, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es wäre daher Sache des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf. Ihn traf jedoch die Verpflichtung, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen. Es ist ebenfalls ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass nur im Fall der Erteilung einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrunde erteilten unrichtigen Rechtsauskunft der für die Erteilung einer Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zuständigen Behörde (der regionalen Geschäftsstelle des AMS), im Vertrauen auf die Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße nicht als Verschulden angerechnet werden könnten; hingegen ist es auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf. Unterlässt der Beschwerdeführer – wie hier – die Einholung einer Auskunft der zuständigen Behörde, kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, dass sie von einem Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen ist (mit weiteren Nachweisen).

Im gegenständlichen Fall bringt der Beschwerdeführer entsprechende Rechtsauskünfte bei der zuständigen Behörde nicht vor. Die Auskunft des Steuerberaters hingegen reicht nicht aus. Es ist daher eine Entlastung des Beschwerdeführers nicht gelungen.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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 soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Beim Verbot der Beschäftigung von nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz hiezu nicht berechtigten Arbeitnehmern handelt es sich um eine für die Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes besonders wichtige Norm; der Gesetzgeber hat der Einhaltung dieser Norm ein sehr großes Gewicht beigemessen (Erkenntnis vom 14. April 2011, Zl. 2011/04/0025).

Die belangte Behörde ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro sowie keinen Sorgepflichten ausgegangen und hat die Dauer als erschwerend gewertet. Strafmildernd hat sie nichts berücksichtigt.

Im Verfahren kam hervor, dass gegen den Beschwerdeführer keine verwaltungsrechtlichen Vorstrafen vorliegen. Die Unbescholtenheit ist daher als Milderungsgrund zu berücksichtigen. Als mildernd war ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer sehr kooperativ war und bei der Erhebung des wesentlichen Sachverhaltes erheblich mitwirkte. Auch zeigte er auf, dass er ansonsten bestrebt ist gesetzeskonforme Arbeitsverhältnisse herzustellen. Es war daher aufgrund der Erstmaligkeit und des Einsehens des Beschwerdeführers sowie seiner Unbescholtenheit von erheblichen Milderungsgründen auszugehen, sodass von der Bestimmung des § 20 VStG Gebrauch gemacht werden konnte. Die herabgesetzte Geldstrafe erscheint aufgrund des reumütigen Verhaltens des Beschwerdeführers geeignet, ihn von weiteren Tatbegehungen abzuhalten. Sie ist auch geeignet, die Sensibilisierung des Sachverhaltes beim Beschwerdeführer zu fördern.

Da aber eine Rechtsauskunft bei der zuständigen Behörde nicht eingeholt wurde, war von keiner Geringfügigkeit des Verschuldens auszugehen und daher die Voraussetzung nach § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG nicht gegeben (vgl. VwGH vom 5.9.2013, 2012/09/0119).

6. Im Grunde der Strafherabsetzung ermäßigt sich auch der Verfahrenskostenbeitrag vor der belangten Behörde auf 50 Euro, das sind 10 % der verhängten Geldstrafe. Weil der Beschwerde zumindest teilweise Erfolg zukam, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. 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.

Es handelt sich um eine der Revision nicht zugängliche Einzelfallentscheidung, die sich auf die Beweise und Beweiswürdigung stützt und von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht abweicht.

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Gemäß § 28b Abs. 4 3. Satz AuslBG ergeht der Hinweis, dass mit der rechtskräftigen Bestrafung die Eintragung des Beschuldigen und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die Verwaltungsstrafevidenz verbunden ist.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt