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-302567/7/BMa/TK

Datum:
Linz, 22. Dezember 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des A A, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 31.10.2019, GZ: Pol-303-SV02-40-2019/2, wegen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe keine Folge gegeben, dass nach der im Spruch des bekämpften Erkenntnisses angeführten Gesetzesangabe „AuslBG“ der Ausdruck „idgF“ in Spruchpunkt 1 durch „BGBl. I Nr. 56/2018“ und in Spruchpunkt 2 durch „BGBl. I Nr. 100/2018“ ersetzt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 600 Euro zu leisten.

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 :

Zu I.:
Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als Gewerbeinhaber und Betreiber des Restaurants ‚P M', D K (Standort der Gewerbeberechtigung), somit als Arbeitgeber, zu verantworten, dass

1 S C K, geb. x 1988, Staatsangehörigkeit Indien, in der Zeit von 01.02.2018 bis 15.11.2018 im Restaurant P-M als Zusteller und

2. S G, geb. x 1995, Staatsangehörigkeit Indien, in der Zeit von 01.01.2019 bis 23.01.2019, im Restaurant P-M als Zusteller

beschäftigt wurden, obwohl für diese Ausländer keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder diese Ausländer 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' besitzen.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl 218/1975 idgF 2. § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl 218/1975 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe	Freiheitsstrafe von	Gemäß jeweils
1. € 2000,-- 2. € 1000,-- Gesamt: € 3000,-	1. 68 Stunden 2. 34 Stunden Gesamt: 72 Stunden		§ 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG idgF

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
• 300,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher Euro 3300,--."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde bestreitet im Wesentlichen die Richtigkeit der Sachverhaltsannahmen der belangten Behörde und bringt vor, dass der Aufenthaltsstatus der beiden Ausländer dem Bf nicht bekannt gewesen sei. Der Bf habe eine Vereinbarung mit B S geschlossen und die „Zusteller" der Zustellfirma

des B S seien im arbeitsrechtlichen Sinn nicht in dem von A A geführten Betrieb eingegliedert gewesen. Vielmehr habe sich B S Erfüllungsgehilfen bedient, welche die Zustellung für ihn mittels Werkvertrag durchführten. Der Bf könne daher nicht Adressat einer Verwaltungsübertretung nach dem AuslBG sein. Es wurden die Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gestellt. Weiters wurde vorgebracht, dass die verhängte Strafe überhöht sei.

2.1. Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt dem LVwG OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

2.2. Am 09.10.2020 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Zur Verhandlung ist ein Vertreter des Finanzamts gekommen.

3. Das LVwG OÖ hat erwogen:

3.1. Sachverhalt:
A A ist Gewerbeinhaber und Betreiber des Restaurants „P M“, D. Er bietet auch Hauszustellungen seiner Produkte an. Dazu hat er mit S B einen Vertrag geschlossen, der am 01.02.2018 in Kraft getreten ist, in dem er S B als Auftragnehmer mit der Abwicklung und der Auslieferung der Speisen und Getränke beauftragt hat. Vereinbart wurde, dass die Zustellfirma des B S berechtigt sei, sich zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung geeigneter Erfüllungsgehilfen „Zusteller“ zu bedienen (Punkt 1.3. des Vertrages). Darüber hinaus wurde in Punkt 3.5. des Vertrags geregelt, dass die Zusteller der Zustellfirma im arbeitsrechtlichen Sinn weder bei A A noch bei der Zustellfirma eingegliedert seien. In diesem Vertrag wurden u.a. auch die Zustellzeiten geregelt und die Abwicklung des Transports der Zustellung sowie das Entgelt für jede Transportfahrt. Pro Zustellung wurde ein Betrag von 3,60 Euro als Nettobetrag vereinbart. Es wurde auch die Verrechnung geregelt und unter Punkt 6.6. des Vertrags wurde festgehalten, dass die Zustellfirma verpflichtet sei, den durch ihre Logistik entstandenen Schaden bei der Hauszustellung – entsprechend der Definition dieser Vereinbarung – innerhalb von 7 Tagen ab Erhalt der Rechnung zu überweisen.
Nicht festgestellt werden kann jedoch, ob tatsächlich Schadensfälle abgerechnet wurden.
Der Vertrag ist am 01.02.2018 in Kraft getreten und wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen. Anlässlich einer Kontrolle der Finanzpolizei Wels am 23.01.2019 im Restaurant „P M“, D, wurde neben dem Betreiber A A, der indische Staatsangehörige S G, hinter der Theke im Kassabereich angetroffen. Im Zeitraum vom 01.02.2018 bis zur Kontrolle haben insgesamt drei Personen, die von S B dem A A vermittelt wurden, für diesen als Pizzazusteller gearbeitet. C K S, ebenso ein indischer Staatsangehöriger und Asylwerber wie G S, war von 01.02.2018 bis

15.11.2018 und G S von 01.01.2019 bis 23.01.2019 im Lokal des Bf beschäftigt. Die tägliche Arbeitszeit war von 11:00 Uhr bis 24:00 Uhr. Die Pizzazusteller haben auch Flyer als Werbung in die Postfächer von Bewohnern eines bestimmten Gebietes ausgeteilt. Diese Tätigkeit wurde ebenfalls mit B S abgerechnet.
Der Bf hat den Pizzazustellern ein Magnetschild mit der Aufschrift „P M“ zum Anbringen auf dem Dach des Zustellautos und eine Transporttasche zum Transport der Speisen zur Verfügung gestellt. Das Auto zur Durchführung des Transports, ebenso Benzin etc. wurden selbst von den Zustellern organisiert.
B S war seit 19.12.2016 Inhaber einer Gewerbeberechtigung des freien Gewerbes „Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt“. Von G S wurden dem Bf der Gewerbeschein und der Führerschein vorgelegt. Von C K S hat der Bf den österreichischen Führerschein geprüft, sich einen Beschluss für einen Firmenbucheintrag und eine Namensänderung in diesem sowie eine Mitteilung des Finanzamts vorlegen lassen.

Die Abwicklung der Zustellung erfolgte in der Weise, dass der Bf die Bestellungen entgegennahm, alles vorbereitete und den Pizzazustellern mitteilte, wann sie welche Pizza zu welcher Adresse liefern müssen. In der Zeit, zu denen keine Zustellfahrten gemacht wurden, haben sich die Pizzazusteller im Restaurant aufgehalten und auf die Aufträge gewartet. Die Pausenzeiten wurden vom Bf so vorgegeben, dass er den Pizzazustellern, als zwei anwesend waren, gesagt hatte, dass sie sich die Pause so einteilen müssten, dass immer einer für die Aufträge zur Verfügung stehe. Die Pizzazusteller hätten auch einen Urlaub oder einen Krankheitsfall, dem Bf gemeldet, er hätte sich dann um Ersatz gekümmert. Bei den Essenszustellungen wurde das Entgelt durch die Zusteller eingehoben. Am Ende eines Arbeitstages übergab der jeweilige Pizzazusteller den eingenommenen Betrag dem Bf. Der Arbeitsablauf war bei allen Zustellern gleich.

Der Bf hat den Zustellern kein Entgelt für ihre Arbeit übergeben. Sie bekamen aber das Essen um 50 % günstiger beim Bf und konnten auch ab und zu gratis essen. Die Abrechnung mit S B erfolgte in der Weise, dass pro Zustellung abgerechnet wurde. Es wurden 3,60 Euro netto pro Zustellung unter 4 km Zustellfahrt an B S bezahlt. Dazu kamen noch 2,80 Euro, wenn über eine Distanz von über 4 km geliefert wurde. Der Bf machte für die Abrechnung eine Liste mit der Anzahl der Zustellungen und übermittelte diese Liste an B S, der daraufhin die Rechnung an den Bf legte. Die Abrechnungen erfolgten monatlich durch Überweisung des geforderten Betrages auf das Konto des B S.
Von der Finanzpolizei wurde per E-Mail eine Anfrage an die Oö. GKK gestellt, zur Feststellung der Dienstnehmereigenschaft der Pizzazusteller, die die Zustellfahrten und die Verteilung der Flyer für A A vorgenommen hatten. Von der Oö. GKK wurde mit E-Mail vom 08.04.2019 mitgeteilt, dass eine Dienstnehmereigenschaft der Pizzazusteller von B S angenommen werde. Aufgrund weiterer Erhebungen zur Firma des B S wurde am 24.07.2019 ein Feststellungsbescheid erlassen, dass es

sich bei der Firma des B S mit der UID-Nummer: ATU XX um ein Scheinunternehmen gemäß § 8 Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz handelt. Dieser Feststellungsbescheid, wonach der genannte Rechtsträger ab 09.11.2018 als Scheinunternehmen gilt, ist am 02.08.2019 in Rechtskraft erwachsen.

Weder C K S noch G S verfügten über eine dem AuslBG entsprechende arbeitsmarktrechtliche Genehmigung zur Ausübung der Tätigkeit als Pizzazusteller im Lokal des Bf.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus den vorgelegten Behördenakten und den Ausführungen des Vertreters des Finanzamts in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.10.2020 ergibt.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG OÖ erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:
§ 3 Abs. 1 AuslBG in der zur jeweiligen Tatzeit geltenden Fassung:
Ein Arbeitgeber darf, 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.

§ 28 Abs. 1 lit. a AuslBG in der zu den jeweiligen Tatzeiten geltenden Fassung:
Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht 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, 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 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 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.

§ 28 Abs. 7 AuslBG in der zur jeweiligen Tatzeit geltenden Fassung:
Wird ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, 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.

§ 2 Abs. 2 AuslBG in der zur jeweiligen Tatzeit geltenden Fassung:
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.

§ 2 Abs.4 AuslBG in der zur jeweiligen Tatzeit geltenden Fassung:
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. .....

§ 9 Abs. 1 VStG idgF:
Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

3.3.2. Zur Tätigkeit von Zustellern hat der VwGH bei Übertretungen des AuslBG mit Erkenntnis vom 03.10.2013, GZ.: 2013/09/0042, ausgesprochen:
„Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a), einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (lit. b) oder überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 (lit. e) 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 AuslBG ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, dass 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 ein 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. April 2009, Zl. 2009/09/0069, mwN).
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", indem 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 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 15. Mai 2008, Zl. 2007/09/0306).“

Im vorliegenden Fall wurde der Ausländer G S im Betrieb des Bf hinter der Theke angetroffen. § 28 Abs. 7 AuslBG begründet in einem solchen Fall die Rechtsvermutung der unberechtigten Beschäftigung, wenn der Bf nicht glaubhaft macht, dass keine unberechtigt Beschäftigung vorliegt. Eine Widerlegung der Rechtsvermutung ist dem Bf nicht gelungen:
Im vorliegenden Fall ist von einer einfachen manuellen Tätigkeit der Zusteller auszugehen. Die jeweiligen Zusteller haben auf ihre Fahrtaufträge, die sie vom Bf bekommen haben, in dessen Betrieb, auch in einem Bereich, der betriebsfremden Personen nicht zugänglich ist, gewartet. Bei den Essenslieferungen haben sie das Entgelt sowohl für die Zustellung aber auch jenes für die Ware selbst kassiert und am Ende des Arbeitstages den gesamten Betrag mit dem Bf abgerechnet. Zwar haben sie das Auto, mit dem die Transportfahren durchgeführt wurden, selbst organisiert, die Liefertasche für das Essen und das Werbeschild das den Betrieb des Bf kennzeichnet, hat aber dieser zur Verfügung gestellt. Die Zusteller hätten Abwesenheiten auch dem Bf gemeldet und dieser hätte für einen Ersatz der Arbeitskraft gesorgt. Auch die Pausenzeiten wurden vom Bf determiniert.
Aufgrund des festgestellten Arbeitsablaufs, der den Zustellern keinen wesentlichen Gestaltungsspielraum eingeräumt hat, war eine Eingliederung in den Betrieb des Bf gegeben. Weil festgestellt wurde, dass der Arbeitsablauf des C K S sich nicht von jenem des G S unterschieden hat, ist auch von einer Eingliederung des C K S in den Betrieb des Bf auszugehen.

Nach dem vorzitierten Judikat des VwGH ist von einer der Bewilligungspflicht der nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung beim Vorliegen einer Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, auszugehen.
Zu prüfen ist daher, ob der mit B S geschlossene Vertrag die Dienstnehmereigenschaft der Ausländer auszuschließen vermag.
Dieser Vertrag stellt auf eine unbefristete Leistung des Auftragnehmers und auf eine der Zahl nach nicht vorhersehbare Anzahl von Arbeitsabläufen ab. Dementsprechend wurde auch kein abgeschlossenes Werk vereinbart. Zudem ist die Art der von den Zustellern ausgeübten Tätigkeit, die keine Fachkenntnisse erfordert, dem Organisationsplan des Betriebs des Bf unterworfen, der den Einsatz der Zusteller nach betrieblicher Notwendigkeit koordiniert und damit wie bei „formellen“ Dienstnehmern determiniert (siehe oben). Die Zusteller haben auch ausschließlich für den Betrieb des Bf gearbeitet. Darüber hinaus hat sich ergeben, dass vom Vertragspartner des Bf eine Scheinfirma geführt wurde.
Bei Gewichtung der festgestellten Merkmale ist von einem Überwiegen der Merkmale der Beschäftigung der Ausländer in wirtschaftlicher Unselbständigkeit und nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt von einer Dienstnehmereigenschaft der beiden Ausländer und damit von einer Bewilligungspflicht nach dem AuslBG auszugehen.
Der Annahme einer Dienstgebereigenschaft des Bf steht auch nicht entgegen, dass die Bezahlung der Zusteller durch eine dritte Person, vermutlich durch B S(wie vom Bf angegeben), quasi als Mittelsmann, erfolgte. Vielmehr unterstreicht eine solche Konstruktion, bei gleichzeitiger vertraglicher Regelung, dass die Arbeitnehmer weder in den Betrieb des Bf noch in den des Auftragnehmers eingegliedert sind, den Versuch, die im AuslBG normierte Bewilligungspflicht zu umgehen.
Weil der Bf die beiden Dienstnehmer beschäftigt hat, ohne dass für diese Arbeiten die erforderlichen arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen erteilt wurden, hat er den objektiven Tatbestand der ihm vorgeworfenen Rechtsnorm erfüllt.

3.3.3. Im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit Fahrlässigkeit. Diese ist bereits 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. Dies hat in erster Linie durch 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.

Dem Bf ist zuzugestehen, dass er durch Abschluss des Vertrags mit B S die Zustellung der Essenslieferungen an eine Zustellfirma auslagern wollte. Die

Ausgestaltung der Essenszustellungen war aber in einer Form, dass die Personen, die die Essenslieferungen übernommen hatten, in den Betrieb des Bf eingegliedert wurden. Dem Bf ist vorzuwerfen, dass er damit eine Form der Beschäftigung gewählt hat, wonach er Arbeitgeber der Ausländer nach dem AuslBG war und die Ausländer beschäftigt hat, ohne sich zu vergewissern, dass für diese die entsprechenden arbeitsmarktrechtlichen Genehmigungen vorliegen. Damit aber hat er zumindest fahrlässig gehandelt.
Die Beschwerde verweist zwar auf ein vom Bf installiertes Kontrollsystem, dies wird jedoch als Schutzbehauptung gewertet, hat der Bf doch nicht einmal arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen vor der Beschäftigung der Ausländer eingefordert.

3.3.4. 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. Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Die belangte Behörde ist von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro, dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten und dem Nichtvorhandensein von einem Vermögen des Bf ausgegangen.

Strafmildernd wurde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bf und straferschwerend die Beschäftigungsdauer von 10 Monaten hinsichtlich des unter Spruchpunkt 1.) des bekämpften Bescheids angeführten Ausländers gewertet.
Der Bf ist den Strafzumessungsgründen der belangten Behörde nicht entgegen getreten, diese werden daher auch dem Verfahren vor dem LVwG Oö. zugrunde gelegt.

Zur Höhe der zu Spruchpunkt 1. des bekämpften Erkenntnisses verhängten Strafe hat die belangte Behörde zu Recht den Straferschwerungsgrund der Beschäftigung des Ausländers ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung in der Dauer von 10 Monaten ins Treffen geführt.
Unter Berücksichtigung des Strafmilderungsgrundes der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit und der festgestellten monatlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bf war die verhängte Strafe, die den möglichen Strafrahmen lediglich zu 20 % ausschöpft, zu bestätigen.

Die zu Spruchpunkt 2. des bekämpften Erkenntnisses verhängte Strafe ist lediglich die Mindeststrafe für die Beschäftigung des G S ohne entsprechende Genehmigung gem. AuslBG. Es erübrigt sich damit eine weitere Auseinandersetzung mit den Strafzumessungsgründen.

Die Voraussetzung für eine außerordentliche Strafmilderung gem. § 20 VStG, wie von der Beschwerde angenommen, nämlich das beträchtliche Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen liegt nicht vor.

3.3.5. Die Spruchergänzung bezüglich der Fundstelle der Übertretungs- bzw Strafnorm erfolgte in Entsprechung der Entscheidung des VwGH vom 06.06.2020, Ra 2020/09/0013-5. Abstellend auf die jeweilige Tatzeit erfolgte zwischen den beiden relevanten Tatzeiten eine Gesetzesnovellierung des AuslBG. Eine Schlechterstellung des Bf erfolgte dadurch nicht.

Zu II.
Bei Bestätigung des erstinstanzlichen Erkenntnisses sind gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten zum Beschwerdeverfahren in Höhe von 20 % der verhängten Strafe zu leisten.

Zu 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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

Mag. Bergmayr-Mann