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-302732/19/KHa

Datum:
Linz, 23. Dezember 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Haas über die Beschwerde des A C P, vertreten durch Dr. G L, Rechtsanwalt in W, S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 12. März 2020, GZ: BHLL/920100025912/20, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. November 2020

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die verletzten Rechtsvorschriften „§ 28 Abs. 1 Z 1 lit a zweiter Strafsatz iVm § 3 Abs. 1 AuslBG jeweils BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 66/2017, sowie die Strafnorm „§ 28 Abs. 1 Z 1 Schlusssatz zweiter Strafsatz AuslBG, BGBl. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 66/2017“ zu lauten haben.

Der Beschwerde wird hinsichtlich der Strafe insofern stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 2.500,00 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 42 Stunden herabgesetzt wird.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde reduziert sich auf 250,00 Euro.

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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 12. März 2020, GZ: BHLL/920100025912/20, wurde dem Beschwerdeführer Folgendes vorgeworfen:

„Spruch

Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als Außenvertretungsbefugter der P GmbH mit Sitz in T, W, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeberin

den indischen Staatsangehörigen B S, geb. x

zumindest von 1.8.2019 bis 12.11.2019, 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 Grieskirchen Wels bei einer Kontrolle am 12.11.2019 um 13:10 Uhr in Ihrem Restaurant ‚P' in W, D, indem die o.a. Person und der Betreiber, Herr A F H, befragt wurden, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 28 Abs. 1 Z 1 lit a i.V.m. § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€ 3.000,00	2 Tage(n) 2 Stunde(n) 0 Minute(n)	§ 28 Abs. 1 Z 1 Schlusssatz Ausländer-beschäftigungsgesetz BGBL 218/75 i.d.g

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG 10 % der Strafe, das sind € 300,00, als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, zu zahlen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 3.300,00“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass B S zumindest von 1. August 2019 bis 12. November 2019 in der P als Pizzazusteller tätig gewesen sei und dieser im genannten Zeitraum die Pizzazustellungen in der P Filiale in W, D übernommen habe. Aufgrund der vorliegenden konkreten Umstände (teilweise Verwendung des Firmenfahrzeuges, Kontaktaufnahme mit einem Mitarbeiter der P GmbH im Falle eines Krankenstandes oder Urlaubs, monatliche Übermittlung einer Liste der Anzahl der Zustellfahrten) könne nicht von einer selbständigen Tätigkeit durch B S gesprochen werden. Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits wiederholt ausgesprochen, dass bei der Tätigkeit eines Pizzazustellers vom Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit und damit von einem (echten) Dienstverhältnis auszugehen sei. Der Beschwerdeführer habe die Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht zu vertreten.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Beschwerdeführers vom 28. Mai 2020. Darin führt der Beschwerdeführer zusammengefasst aus, dass B S niemals Dienstnehmer der P GmbH gewesen sei bzw. diese mit Herrn S in keinerlei Vertragsverhältnis gestanden habe. Zudem sei der Beschwerdeführer unternehmensintern nicht für die Einhaltung der verfahrensgegenständlichen Vorschriften verantwortlich. Die belangte Behörde habe zudem kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt und sei die verhängte Strafe bei weitem überhöht und entspreche nicht den gesetzlichen Strafzumessungsgründen.

I.3. Mit Schreiben vom 8. Juni 2020 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verfahrensakt zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm Art. 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich entscheidet gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt der belangten Behörde, insbesondere in die Dokumentation und Unterlagen der Finanzpolizei, welche im Zuge der durchgeführten Kontrolle erstellt bzw. beigeschafft wurden.

Weiters wurde am 16. November 2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an welcher ein Vertreter des zuständigen Finanzamtes teilgenommen hat. In dieser Verhandlung erfolgte die zeugenschaftliche Einvernahme eines bei der Kontrolle anwesenden Mitarbeiters der Finanzpolizei sowie des Betreibers der P Filiale in W, D. Weder der Beschwerdeführer noch dessen Rechtsvertreter haben an der Verhandlung teilgenommen und blieb die Verhandlung damit seitens des Beschwerdeführers sowie dessen Rechtsvertreters unentschuldigt unbesucht. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat lediglich um Übermittlung des Protokolls zur mündlichen Verhandlung vom 16.11.2020 ersucht. Eine sonstige Kontaktaufnahme des Beschwerdeführers bzw. des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers mit dem erkennenden Gericht erfolgte nicht.

Der ebenfalls zur öffentlichen mündlichen Verhandlung geladene Zeuge B S ist nicht zu Verhandlung erschienen. Eine aktuelle Abfrage der Daten des B S aus dem Zentralen Melderegister hat ergeben, dass dieser seit 23. September 2020 keinen gemeldeten Wohnsitz mehr in Österreich hat und es daher dem erkennenden Gericht mangels Kenntnisse über dessen Aufenthaltsort nicht möglich ist, den Zeugen vorzuladen und einzuvernehmen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Nachfolgender entscheidungsrelevanter S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1.1. Der Beschwerdeführer ist seit 14. August 2013 gemeinsam mit J O P (gegen welchen zu GZ: LVwG-302730-2020 ebenfalls ein Verwaltungsstrafverfahren nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG anhängig ist) handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH. Die P GmbH ist zu X ins Firmenbuch eingetragen.

Es erfolgte keine Bestellung eines verantwortlich Beauftragten in der P GmbH.

II.1.2. Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels führten am 12. November 2019 um 13:10 Uhr eine Kontrolle im Restaurant „P“ in W, D, durch. Das Restaurant wird vom Lokalbetreiber W A F H seit 1. August 2019 betrieben.

II.1.3. Die P GmbH liefert dem Lokalbetreiber W A F H alle für die Zubereitung von Speisen erforderlichen Zutaten sowie die Getränke. Der Lokalbetreiber W A F H gibt wöchentlich die von ihm benötigten Waren bekannt und bekommt diese von der P GmbH geliefert.

Ein wesentlicher Teil des Geschäftsbetriebes des Restaurants „P“ in W besteht darin, Speisen (insbesondere Pizzen) und Getränke an die Kunden frei Haus zuzustellen. Der Bestellvorgang ist so organisiert, dass die Kunden ihre Bestellung

in der „P Zentrale“, dabei handelt es sich um die P GmbH, abgeben und von dort der Auftrag an den Lokalbetreiber erteilt wird, die Speisen und Getränke an die jeweiligen Kunden zuzustellen. Auch Kundenreklamationen gehen in der „P Zentrale“, damit der P GmbH, ein und werden diese auch dort in der Zentrale bearbeitet.

Die Pizzazustellungen für das Restaurant „P“ in W, D wurden zumindest im Zeitraum 1. August 2019 bis zum Kontrolltag 12. November 2019 während der Öffnungszeiten durch B S durchgeführt.

II.1.4. Bei B S handelt es sich um einen indischen Staatsbürger, welchem gemäß Aufenthaltsberechtigungskarte des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Kartennummer: x, der Status eines Asylwerbers zuerkannt wurde.

B S war im Zeitraum 1. August 2019 bis 12. November 2019 nicht als Dienstnehmer der P GmbH zur Sozialversicherung angemeldet. Der P GmbH wurde für die Tätigkeit von B S im Tatzeitraum keine Beschäftigungsbewilligung gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz erteilt. B S besaß auch keine der in § 3 Abs. 1 AuslBG genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Berechtigungen.

II.1.5.Der Pizzazusteller B S war täglich von Montag bis Sonntag in der Zeit von 11.30 Uhr bis 24.00 Uhr im Restaurant „P“ in W vor Ort anwesend, um die von der „P Zentrale“ weitergeleiteten Kundenbestellungen auszuliefern. Nach Beendigung einer Auslieferung kehrte B S in das Restaurant „P“ in W zurück, um dort auf die Durchführung weiterer Auslieferungen zu warten.

Für die Zustellfahrten erhielt der Pizzazusteller B S die bestellten Speisen und Getränke in einer entsprechenden Warmhaltetasche vom Lokalbetreiber W A F H übergeben. Die Warmhaltetasche wurde B S vom Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt. Ebenso hat B S einen Kassenbon mit der Aufschrift „P www.p.at“ „W A F D, W“ zur Auslieferung erhalten. Auf diesem Bon waren die Kundendaten, die bestellten Speisen sowie die gewünschte Zustellzeit ersichtlich. Weiters wurde B S eine Geldtasche mit Wechselgeld vom Lokalbetreiber W A F H übergeben.

B S hat die Zustellfahrten mit seinem privaten Kraftfahrzeug mit dem behördlichen Kennzeichen x durchgeführt. Während dieser Zustellstellfahrten hatte B S ein „P“ Magnetschild mit der Aufschrift „P xx“ am Dach seines Kraftfahrzeuges zu befestigen. Dieses „P“ Magnetschild wurde B S vom Lokalbetreiber W A F H zur Verfügung gestellt. Fallweise wurde B S für die Zustellfahrten auch das Firmenauto des Lokalbetreibers W A F H (behördliches Kennzeichen x) zur Verfügung gestellt.

Die Aufgabe von B S bestand darin, die Auslieferungen der Speisen und Getränke umgehend so schnell als möglich, jedenfalls innerhalb von 30 Minuten, bzw. zur vorbestellten Zeit durchzuführen, vor Ort abzukassieren und unmittelbar nach

Beendigung des Zustellvorgangs mit dem Kassabon und der Geldtasche mit Wechselgeld in das Restaurant „P“ in W zurückzukehren. Im Falle einer Bezahlung mittels Bankomatkarte wurde dieser Vorgang vor Ort beim Kunden durch B S durchgeführt. Hierzu wurde B S ein entsprechendes Gerät vom Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt. Die Überweisung mittels Bankomatzahlung ging dabei unmittelbar auf einem Konto der P GmbH ein.

II.1.6. B S war während der gesamten Dauer seiner Tätigkeit als Pizzazusteller für den Lokalbetreiber W A F H im Zeitraum 1. August 2019 bis 12. November 2019 weder krank noch auf Urlaub. Für den Fall der Verhinderung von B S hätte der Lokalbetreiber W A F H einen Mitarbeiter der P GmbH kontaktiert, damit ihm dieser einen Ersatzzusteller organisiert. Für B S bestand nicht die Möglichkeit, ohne Grund (Krankheit, Urlaub) die Durchführung der Auslieferungsfahrten abzulehnen.

II.1.7. Der Lokalbetreiber W A F H hat für die Zustelltätigkeit des Pizzazustellers B S für das von ihm betriebene Restaurant „P“ in W an die P GmbH Zahlungen geleistet und hierfür von der P GmbH eine monatliche Rechnung erhalten.

Auf der Rechnung scheint als die von der P GmbH erbrachte Leistung „Zustellleistung – P W“ auf.

Der monatliche Rechnungsbetrag errechnete sich aus der Anzahl der durch B S durchgeführten Zustellfahrten für das Restaurant „P“ in W, D. W A F H hat für jeden Tag des Monats die Anzahl der durch B S durchgeführten Zustellungen notiert und diese Auflistung der P GmbH übermittelt. Auf Basis dieser Auflistung erfolgte die Rechnungslegung der P GmbH an den Lokalbetreiber W A F H für die erbrachten Zustelltätigkeiten.

B S wurde für seine Tätigkeit von der P am 10. jeden Monats entlohnt. Zahlungen durch den Lokalbetreiber W A F H an B S erfolgten nicht.

II.1.8. B S verfügte seit 21. Februar 2019 über eine Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe der Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3 500 kg nicht übersteigt.

Am 1. Februar 2019 wurde zwischen der P GmbH (als Zustellfirma bezeichnet) und B S (als Zusteller bezeichnet) ein als „Werkvertrag“ bezeichneter Vertrag abgeschlossen. Die wesentlichen Vertragspunkte lauten wie folgt:

„Art der Tätigkeit: Zustellung von Speisen und Getränken
Arbeitsort: Der (die) Betrieb(e) in welchem (welchen) der Zusteller seine Tätigkeit verrichten möchte. Diesbezüglich in den definierten Zustellgebieten.

Arbeitszeit: Der Zusteller bestimmt die Zeiten wann und in welchem Umfang er arbeiten möchte. Ausschluss der Regelmäßigkeit.
Honorar: Pro ordnungsgemäß durchgeführter Lieferung wird ein den entsprechenden Gegebenheiten zu berechnender Zustellsatz festgelegt.
Vertretungsrecht: der Zusteller hat das uneingeschränkte Recht sich durch geeignete Erfüllungsgehilfen (mit Arbeitspapieren!) vertreten zu lassen.
Auftragsannahme: Der Zusteller hat das Recht Aufträge abzulehnen.
Betriebsmittel: Es werden von der Zustellfirma keine Betriebsmittel zur Verfügung gestellt.
Eingliederung in den Betrieb: Der Zusteller ist weder in die Zustellfirma noch in die Firma des Auftraggebers der Zustellfirma eingegliedert.
Haftung: Der Zusteller haftet im Rahmen seiner Tätigkeit für sein eigenes Handeln.
Sozialversicherung – steuerliche Gebarung: Der Zusteller hat selbst für seine Sozialversicherung und gegebenenfalls für die Versteuerung seiner Einkünfte zu sorgen.
Unabhängigkeit: Die Tätigkeit erfolgt in wirtschaftlicher und persönlicher Selbständigkeit und in Unabhängigkeit vom Zusteller zur Zustellfirma.
Arbeitsrechtliche Bestimmungen: Arbeitsrechtliche Bestimmungen sind nicht auf diesen Vertrag anzuwenden.
Kündigungsfrist: es ist beidseitig keine Kündigungsfrist vorgesehen.
Zahlungsvereinbarungen: Das Honorar des Zustellers wird nach Rechnungslegung innerhalb von 10 Werktagen fällig.
Sonstiges: Erfüllungsort ist Österreich. Gerichtsstand ist Traun. Es gilt ausschließlich österreichisches Recht."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

II.1.9. Der Beschwerdeführer hat im Verfahren keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht. Die belangte Behörde hat dem verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis ein durchschnittliches Einkommen in Höhe von 2.000,00 Euro netto zugrunde gelegt und ist von keinen Sorgepflichten und keinem Vermögen ausgegangen.

II.1.10. Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheinen in dem von der belangten Behörde übermittelten Auszug aus den verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen entsprechende Vormerkungen sowohl nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz als auch nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz auf.

II.2. Beweiswürdigung

II.2.1. Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den im Akt einliegenden Dokumenten, sowie aus den glaubwürdigen Angaben der Zeugen M A (Finanzpolizei) und W A F H (Lokalbetreiber des Restaurants „P" in W).

Der Zeuge W A F H hat insbesondere die genauen Abläufe der Auslieferungen der Speisen und Getränke durch den Pizzazusteller B S glaubwürdig und nachvollziehbar geschildert. Der Zeuge hat im Rahmen seiner Einvernahme dargelegt, wie die Auslieferung der Speisen und Getränke in Zusammenarbeit mit B S funktioniert hat, welche Betriebsmittel B S von ihm zur Verfügung gestellt wurden und welche Vorgaben es hinsichtlich des konkreten Zustellvorgangs gab.

Das erkennende Gericht hat im Rahmen der Einvernahme des Zeugen den Eindruck gewonnen, dass dieser die Abläufe wahrheitsgemäß dargelegt hat.

Dass B S für das Restaurant „P“ in W die Zustellung von Speisen und Getränken durchgeführt hat, ergibt sich sowohl aus der Aussage des Zeugen W A F H als auch aus der Aussage des Zeugen M A. Letzterer hat hinsichtlich der am 12. November 2019 stattgefundenen Kontrolle geschildert, dass B S von einer Auslieferung ins Restaurant „P“ zurückgekommen ist und B S die Durchführung der Zustellung von Speisen durch ihn auch entsprechend ausdrücklich bestätigt hat.

Dass B S für die Zustellfahrten grundsätzlich seinen privaten PKW verwendet hat, auf dem er das „P“ Magnetschild zu montieren hatte, ergibt sich sowohl aus den Aussagen des Zeugen W A F H als auch aus der Schilderung des Zeugen M A. Die Möglichkeit der fallweisen Benutzung auch des Firmenautos hat der Zeuge W A F H im Rahmen seiner Einvernahme vor der Finanzpolizei am 12. November 2019 (Niederschrift vom 12. November 2019) eingeräumt.

Die erforderliche Anwesenheit von B S im Restaurant „P“ in W täglich (Montag bis Sonntag) von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr wurde sowohl vom Zeugen W A F H angegeben, als auch vom Zeugen M A insofern bestätigt, als dieser am Kontrolltag B S persönlich dazu befragen konnte und dies entsprechend im Personenblatt (Anmerkungen auf Seite 2) dokumentiert hat. Aufgrund der Notwendigkeit der Gewährleistung einer zeitgerechten Auslieferung der von den Kunden georderten Speisen (diese stellt ein wesentliches Grundmerkmal eines Lieferservice dar) erscheint auch die Aussage des Lokalbetreibers W A F H für das erkennende Gericht nachvollziehbar, B S sei es nicht möglich gewesen, einzelne Zustellfahrten abzulehnen, zumal damit die organisatorische Planung der Zustellungen an die Kunden kaum möglich gewesen wäre.

Hinsichtlich der Verrechnung der Zustellleistungen durch B S zwischen der P GmbH und dem Lokalbetreiber W A F H kann ebenfalls auf die detaillierten Angaben des Zeugen in der Verhandlung verwiesen werden. Ergänzend finden sich auch im Akt entsprechende Dokumente und Unterlagen, insbesondere die Auflistung der täglichen Zustellfahrten durch B S hinsichtlich der Monate Oktober und November 2019, die von der P GmbH an den Lokalbetreiber fakturierten Rechnungen sowie die laufende Kommunikation der P GmbH mit dem Lokalbetreiber über Whats-App, die die Aussagen des Zeugen untermauern.

Der Zeuge W A F H hat auch glaubhaft dargelegt, dass er selbst keine Zahlungen an B S geleistet hat, sondern dass B S aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses zur P GmbH von dieser monatlich entlohnt wurde. Dies ist auch insofern nachvollziehbar, als W A F H die Zustelldienste von der P GmbH in Rechnung gestellt wurden. Zudem deckt sich dies mit der Angabe am Personenblatt, welches von B S selbst ausgefüllt wurde (erste Seite des

Personenblattes) und auf welchem dieser einen monatlichen Lohn von 1.500,00 Euro sowie als Auszahlungstag den 10. eines Monats vermerkt hat.

Generell ist darauf hinzuweisen, dass der Zeuge W A F H sich sowohl vor dem erkennenden Gericht als auch gemäß Niederschrift vom 12. November 2019 gegenüber der Finanzpolizei inhaltlich ident verantwortet hat, sodass der Zeuge insgesamt einen glaubwürdigen Eindruck vermittelt hat.

II.2.2. Dass zwischen der P GmbH und dem Zusteller B S eine vertragliche Beziehung bestanden hat, ergibt sich einerseits aus den vom Zeugen W A F H geschilderten Abläufen sowie andererseits auch eindeutig aus den im Akt einliegenden Unterlagen, insbesondere in Form des „Werkvertrages“ vom 1. Februar 2019 sowie des mit B S aufgenommenen Datenblattes der P GmbH ebenfalls vom 1. Februar 2019. Auch die Tatsache der monatlichen Verrechnung der Zustelltätigkeit durch Rechnungslegung der P GmbH an den Lokalbetreiber W A F H spricht für das Vorliegen eines entsprechenden Vertragsverhältnisses zwischen der P GmbH und dem Pizzazusteller. Die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift, wonach die P GmbH mit B S in keinem Vertragsverhältnis gestanden sei, ist daher für das erkennende Gericht nicht nachvollziehbar.

Die inhaltliche Beurteilung des Vertragsverhältnisses bleibt der rechtlichen Beurteilung vorbehalten.

II.2.3. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführer – abgesehen von den sehr pauschal gehaltenen Ausführungen in der Beschwerdeschrift – weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch im Beschwerdeverfahren vor dem erkennenden Gericht zum Sachverhalt geäußert hat. Weder der Beschwerdeführer noch sein Rechtsvertreter sind trotz ausgewiesener Ladung zur Verhandlung erschienen.

Eine ergänzende Einvernahme des Zustellers B S war dem erkennenden Gericht mangels einer ladungsfähigen Zustelladresse (kein Wohnsitz mehr in Österreich seit 23. September 2020) nicht möglich. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt konnte jedoch ohnehin aufgrund des bereits durchgeführten Beweisverfahrens (durch Einvernahme der Zeugen M A und W A F H sowie durch Einsicht in den Akt inklusive der dort einliegenden ausführlichen Unterlagen) durch das erkennende Gericht ausreichend geklärt und festgestellt werden und war die Einvernahme des Zustellers B S auch aus diesem Grund nicht mehr erforderlich.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Allgemeines

Zunächst ist festzuhalten, dass gegen den Beschwerdeführer zwei Verfahren vor der belangten Behörde anhängig sind, gegen welche jeweils Beschwerden eingebracht wurden:

LVwG-302732-2020: Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12. März 2020 zu GZ: BHLL/920100025912/20 wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes

LVwG-302729-2020: Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12. März 2020 zu GZ: BHLL/920100025913/20 wegen Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungs-gesetzes

III.2. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nichts 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 (§ 20 f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallende strafbare 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, 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, und zwar bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Arbeitnehmern 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 bis 50.000 Euro.

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG (BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2012)
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) überlassene Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287

III.3. Zum objektiven Tatbestand

III.3.1. Das Ausländerbeschäftigungsgesetz stellt in seinem § 3 Abs. 1 darauf ab, ob eine Beschäftigung eines Ausländers durch einen Arbeitgeber vorliegt, wobei sich die Definition des Begriffes der „Beschäftigung“ in § 2 Abs. 2 AuslBG findet.

Für die maßgebliche Rechtsfrage, ob die Tätigkeit des indischen Staatsangehörigen B S unter den Beschäftigungsbegriff des § 2 Abs. 2 AuslBG subsumiert werden kann, ist zu prüfen, ob die Tätigkeit in persönlicher (Arbeitsverhältnis) bzw. wirtschaftlicher (arbeitnehmerähnliches Verhältnis) Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird.

§ 2 Abs. 4 AuslBG stellt klar, dass für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung vorliegt oder nicht, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform eines Sachverhaltes maßgeblich ist.

Die diesbezüglichen Wertungsgrundsätze hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen Entscheidungen, insbesondere auch zur Tätigkeit eines Pizzazustellers, dargelegt (vgl dazu insbesondere VwGH 20.05.2015, Ra 2014/09/0041 mwN).

Für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses (§ 2 Abs. 2 lit. a AuslBG) ist gemäß den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes 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 auch die wirtschaftliche Abhängigkeit. Wesentlich ist dabei die persönliche Dienstpflicht (Ausschluss der Vertretung), die Weisungsunterworfenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsdurchführung

und die damit verbundene Ausschaltung jeglicher Bestimmungsfreiheit, ferner die Kontrolle durch den Dienstgeber.

Bei der Qualifikation einer Tätigkeit als arbeitnehmerähnlich (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG) ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit maßgeblich, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitsverhältnis ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Die wirtschaftliche Unselbständigkeit wird darin erblickt, dass diese Person unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig wird und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist.
Typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbständigkeit sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.02.2006, 2005/09/0012 insbesondere mit Verweis auf VwGH 20.05.1998, Zl. 97/09/0241)

- die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern im Betrieb des Unternehmens;
- eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit;
- die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistungen;
- Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, „stille“ Autorität);
- die Berichtspflicht;
- die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers;
- das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer;
- die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmensbindung, Konkurrenzverbot);
- die Entgeltlichkeit sowie
- die Frage, wem die Arbeitsleistung zu Gute kommt.

Es müssen dabei jedoch nicht alle Kriterien, welche möglicherweise zur Bestimmung der wirtschaftlichen Unselbständigkeit relevant sein könnten, verwirklicht werden. Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhalts 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 gänzliche 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 den Regeln des „beweglichen Systems“, indem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in 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 Merkmals durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann.

III.3.2. Unter Berücksichtigung der oben dargelegten Grundsätze zur Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft bzw. der Arbeitnehmerähnlichkeit ist auszuführen, dass es im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG nicht darauf ankommt, ob die verwendete Arbeitskraft einen Gewerbeschein besitzt oder nicht. Maßgeblich ist vielmehr die Beurteilung des Sachverhalts nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit und des Verhältnisses zum Auftraggeber.

Gleiches gilt auch für den im Akt einliegenden als „Werkvertrag“ bezeichneten Vertrag, der zwischen der P GmbH und dem Pizzazusteller B S abgeschlossen wurde. Auch dieser ist nicht ausschließlich nach seinem Wortlaut zu beurteilen, sondern ist auch hier entscheidend, wie die gelebte Praxis ausgestaltet ist. Steht diese gelebte Praxis dem Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung entgegen, ist die Beurteilung anhand der gelebten Praxis maßgeblich.

Ein Werkvertrag liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Werkbestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Essentiell sind auch ein gewährleistungstauglicher Erfolg der Tätigkeit, sowie die Beendigung des Werkvertragsverhältnisses mit Erbringung der Leistung. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Zieles“ kein Ende findet, spricht dies gegen das Vorliegen eines Werkvertrages (dazu VwGH 03.10.2013, 2012/09/0016).

Der festgestellte Sachverhalt enthält keine Elemente eines Werkvertrages. Weder bestand für den Pizzazusteller B S die Verpflichtung zur Herstellung eines „Werkes“ als in sich geschlossene Einheit, noch war er gewährleistungsrechtlich für einen bestimmten Erfolg verantwortlich. Auch endete das Vertragsverhältnis nicht mit Durchführung einer Zustellfahrt, sondern schuldete dieser ein dauerndes Bemühen, alle anfallenden Auslieferungsfahrten nach den entsprechenden Vorgaben durchzuführen. Das Vertragsverhältnis zwischen B S und der P GmbH ist daher nicht als Werkvertrag zu qualifizieren, sondern stellte B S als Pizzazusteller im Großen und Ganzen lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Zusammenhang mit der Qualifikation einer Tätigkeit als arbeitnehmerähnlich im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG das

Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber ein Werkvertragsverhältnis, aber auch ein „freier Dienstvertrag“ sein kann. Entscheidend ist diesbezüglich die Frage der wirtschaftlichen Unselbständigkeit, dies unter Berücksichtigung der bereits dargelegten Kriterien.

III.3.4. Bei Beurteilung der einzelnen genannten Kriterien zur wirtschaftlichen Unselbständigkeit auf Basis einer Gesamtbetrachtung des vorliegenden Sachverhalts ist jedenfalls von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG auszugehen.
III.3.4.1. Der Pizzazusteller B S war in die Organisationsstruktur des Lokalbetreibers W A F H intensiv eingegliedert. Der Pizzazusteller musste während der gesamten Öffnungszeit des Lokals (von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr) vor Ort im Restaurant anwesend sein und Auslieferungen innerhalb der zeitlichen Vorgaben (Zustellung innerhalb von 30 Minuten bzw. zum bestellten Zeitpunkt) durchführen. Es bestand für den Pizzazusteller die diesbezügliche Verpflichtung, jede ihm übergebene Bestellung auszuliefern und war er diesbezüglich weisungsgebunden. Nach einer durchgeführten Auslieferung musste er unmittelbar ins Restaurant zurückkehren, um auf die nächste Auslieferung zu warten. Der Pizzazusteller Singh war daher in den arbeitsteiligen Organisationsablauf der Zubereitung der Speisen und der anschließenden Auslieferung zu den Kunden frei Haus hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit integriert und gab es für ihn keine Möglichkeit, eigene unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Derart dichte organisatorische Vorgaben kommen materiell einer Weisungsbindung gleich.

III.3.4.2. Der Pizzazusteller war auch hinsichtlich der Arbeitszeit nicht frei, sondern musste von Montag bis Sonntag jeweils von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr vor Ort im Restaurant anwesend sein und die anfallenden Zustellfahrten übernehmen. Die in der als „Werkvertrag“ titulierten Vereinbarung zwischen dem Zusteller und der P GmbH festgelegte Möglichkeit, Aufträge abzulehnen bzw. sich durch Erfüllungsgehilfen vertreten zu lassen, war de facto nicht gegeben und wurde auch nicht gelebt. Auch hätte der Pizzazusteller im Falle seiner Verhinderung sich nicht selbst um einen Ersatz kümmern müssen, sondern wäre diesfalls die P GmbH kontaktiert worden.

III.3.4.3. Zudem erfüllte der Pizzazusteller seine Verpflichtung in täglicher Regelmäßigkeit zu den Öffnungszeiten des Restaurants (11:30 Uhr bis 24:00 Uhr), wobei die Tätigkeit auf Dauer angelegt war. Die Zusammenarbeit zwischen dem Pizzazusteller und dem Lokalbetreiber dauerte seit der Lokalübernahme am 1. August 2019 bis zum Kontrolltag an und endete nicht nach Durchführung einzelner Zustellungsfahrten.

III.3.4.4. Nachdem der Pizzazusteller seine Tätigkeit an allen Wochentagen jeweils in der Zeit von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr zu verrichten hatte, bestand für ihn keine Möglichkeit, noch anderweitig tätig zu werden. Es ist daher davon auszugehen,

dass der Pizzazusteller B S ausschließlich bzw. zumindest überwiegend für die die P GmbH im Restaurant P in W, D tätig war.

III.3.4.5. Dem Pizzazusteller wurden die wesentlichen Betriebsmittel in Form der Warmhaltetaschen, der Geldtasche samt Wechselgeld sowie des Gerätes für die Bankomatzahlungen vom Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt. Als eigene Betriebsmittel könnte lediglich der PKW des Pizzazustellers qualifiziert werden. Diesbezüglich hat jedoch der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass alleine aus der Verwendung des privaten PKW nicht auf eine wirtschaftliche Selbständigkeit geschlossen werden kann, zumal der Pizzazusteller bei Durchführung der Auslieferungsfahrten ein „P “-Magnetschild am Dach seines Fahrzeuges zu montieren hatte. Auch dieses Magnetschild wurde dem Pizzazusteller zur Verfügung gestellt. Eine sonstige unternehmerische Infrastruktur war seitens des Pizzazustellers zur Durchführung seiner Aufgaben auch nicht erforderlich.

III.3.4.6. Die Auslieferungen erfolgten auf Rechnung des Lokalbetreibers bzw. bei Bankomatzahlungen ging das Geld direkt auf ein Konto der P GmbH ein.

Der Pizzazusteller erhielt für seine Tätigkeit Entgelt von der P GmbH, welches ihm monatlich ausbezahlt wurde.

III.3.4.7. Zusammengefasst bleibt aufgrund der oben dargelegten Gegebenheiten wenig bis gar kein Raum für eine eigenständige, unternehmerischem Risiko unterworfene Tätigkeit des Pizzazustellers. Die auszuliefernden Speisen wurden ihm in Warmhaltetaschen übergeben, er hatte für die Zustellung innerhalb des dem Kunden zugesagten Zeitraums zu sorgen und war diesbezüglich auch gar nicht in der Lage, selbst über den Ablauf der Zustelltätigkeit zu disponieren.

Im Gesamtbild ist daher jedenfalls von einem deutlichen Überwiegen der Merkmale der wirtschaftlichen Unselbständigkeit und somit jedenfalls vom Vorliegen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses auszugehen.

III.3.5. Bei der gegenständlichen Tätigkeit des Pizzazustellers handelt es sich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zudem um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei der gegenständlichen Tätigkeit der Zustellung von Speisen und Getränken der Fall ist), kann von einem Dienstverhältnis ausgegangen werden. Insbesondere finden sich im festgestellten Sachverhalt diesbezüglich keine atypischen Umstände, die einer derartigen Deutung entgegenstehen könnten.

Hingewiesen wird auch darauf, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes rein „formale“ Umstände wie die sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Gestaltung der Annahme einer Beschäftigung nicht entgegenstehen (vgl. dazu VwGH 10.12.2009, Zl. 2008/09/0048). Die Tätigkeit von Pizzazustellern wird in ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zumindest jedenfalls als arbeitnehmerähnlich qualifiziert (dazu beispielsweise VwGH 14.01.2010, 2008/09/0339; VwGH 26.01.2010, 2009/08/0269).

Angesichts der eindeutig einfachen manuellen Tätigkeiten, die keine besondere Qualifikationen – mit Ausnahme einer Lenkberechtigung für einen PKW – erfordern und in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung, die keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum des Dienstnehmers erlaubt, ist jedenfalls vom Vorliegen einer Beschäftigung des Pizzazustellers B S in der P GmbH im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes auszugehen.

III.3.6. Die P GmbH hat den Pizzazusteller B S an den Lokalbetreiber W A F H täglich von Montag bis Sonntag für den Zeitraum von 11:30 Uhr bis 24:00 Uhr überlassen, um die anfallenden Zustellfahrten an die Kunden frei Haus durchzuführen.

B S hat im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung seine Arbeitsleistung im Betrieb des Lokalbetreibers W A F H erbracht und war organisatorisch in den Betrieb des Lokalbetreibers eingegliedert, da die Arbeitsabläufe ineinander übergreifend ablaufen mussten (Auftragsannahme, Herstellung der Speisen, Befüllung der Warmhaltetaschen, Ausdrucken und Übergabe des Kassenbons durch den Lokalbetreiber sowie anschließende unverzüglich Auslieferung der Speisen und Getränken zu den Kunden frei Haus durch den Pizzazusteller). Der Pizzazusteller hatte diesbezüglich keine Möglichkeit, eigene unternehmerische Entscheidungen zu treffen, sondern musste die an ihn übergebenen Speisen und Getränke schnellstmöglich (anhand der zeitlichen Vorgaben bzw. den Bestellterminen) ausliefern. Die Auslieferung der zubereiteten Speisen kann zudem für sich alleine betrachtet auch nicht als eigenständiges Werk qualifiziert werden.

Die Verrechnung der durch den Pizzazusteller erbrachten Zustellleistungen erfolgte durch entsprechende Rechnungslegung der P GmbH an den Lokalbetreiber anhand der Anzahl der durchgeführten Zustellfahrten. Der Pizzazusteller selbst wurde monatlich für seine Dienste von der P GmbH als Arbeitgeber und Arbeitskräfteüberlasser entlohnt, sodass im hier vorliegenden Sachverhalt von einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG auszugehen ist.

III.3.7. Für die Einhaltung der arbeitsmarktrechtlichen Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sind im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung

sowohl der Überlasser (P GmbH) als auch der Beschäftiger verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Da hinsichtlich der Tätigkeit des indischen Staatsangehörigen B S als Pizzazusteller im Tatzeitraum im Restaurant „P “ in W, D keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorlag, obwohl aufgrund dessen Status als Asylwerber eine solche erforderlich gewesen wäre, wurde der objektive Tatbestand des § 3 Abs. 1 AuslBG iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG im hier verfahrensgegenständlichen Sachverhalt verwirklicht.

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

Mangels Bestellung eines verantwortlich Beauftragten iSd § 9 Abs. 2 VStG trifft somit den Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH als Dienstgeberin und Überlasserin die diesbezügliche verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung.

III.4. Zum subjektiven Verschulden

III.4.1. 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 (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit a AuslBG iVm § 3 Abs. 1 AuslBG stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen sowie durch Beibringung von Beweismitteln oder durch Stellung konkreter Beweisanträge zu erfolgen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht aus.

Zudem ist bereits aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung bekannt, dass die Beschäftigung eines Ausländers grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf. Weiters scheinen hinsichtlich des Beschwerdeführers bereits einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz sowie nach dem Allgemeinen

Sozialversicherungsgesetz auf, sodass dem Beschwerdeführer die grundsätzliche Verantwortung in diesem Zusammenhang auch bewusst sein musste.

Für jeden Arbeitgeber besteht die Verpflichtung, sich unter anderem auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend Ausländerbeschäftigung und Sozialversicherung vertraut zu machen. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, ist der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Unterlässt er dies, so vermag ihn diese Unkenntnis nicht von seiner Schuld zu befreien.

Der Beschwerdeführer hat weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein Vorbringen erstattet, wonach ihm die verfahrensgegenständliche Verwaltungsübertretung aus subjektiven Gründen nicht angelastet werden könne. Weder wurde die Einholung entsprechender Auskünfte bei den hierfür zuständigen Behörden behauptet und unter Beweis gestellt, noch hat der Beschwerdeführer ein im Unternehmen bestehendes Kontrollsystem dargelegt.

Dem Beschwerdeführer ist die gegenständliche Verwaltungsübertretung daher auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

III.5. Strafbemessung

III.5.1. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, unabhängig davon ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 leg cit für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- und Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

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 maßgeblichen Umstände und Erwägungen für diese Ermessensentscheidung sind in der Begründung des Bescheides insofern aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

III.5.2. Der Schutzzweck der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes besteht darin, nachteilige Folgen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften, insbesondere die Gefahr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben sowie Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) sowie die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung, auszuschließen. Darüber hinaus konterkariert die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte entgegen den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes die Bemühungen zur Ordnung des heimischen Arbeitsmarktes. Der Schutzzweck der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ist daher als bedeutend einzustufen und ist der Unrechtsgehalt der vorliegenden Tat daher als erheblich zu qualifizieren.

Der vorliegende Sachverhalt verwirklicht die verfahrensgegenständliche Strafbestimmung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zudem auch in geradezu typischer Weise.

Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kommt aus diesen genannten Gründen damit nicht in Betracht kommt.

III.5.3. Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheint bereits eine verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz auf, sodass gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Schlusssatz AuslBG der zweite Strafsatz mit einem gesetzlichen Strafrahmen von 2.000,00 Euro bis 20.000,00 Euro zur Anwendung kommt.

Im Verfahren sind keine Milderungsgründe hervorgekommen, insbesondere kommt dem Beschwerdeführer der Milderungsgrund der Unbescholtenheit nicht zugute.

Die einschlägige Verwaltungsvorstrafe nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ist jedoch entgegen der Annahme der belangten Behörde nicht als straferschwerend zu berücksichtigen, da diese bereits die Anwendung des höheren zweiten Strafsatzes begründet. Eine nochmalige Berücksichtigung im Rahmen der Strafbemessung als Erschwerungsgrund würde dem Doppelverwertungsverbot widersprechen.

Als straferschwerend ist jedoch die Dauer der Beschäftigung entgegen den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes jedenfalls von 1. August 2019 bis zum 12. November 2019 (Kontrolltag) und somit über mehrere Monate zu werten, sodass aus Sicht des erkennenden Gerichtes nicht mit der Verhängung der Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden kann. Weitere Erschwerungsgründe liegen nicht vor.

Unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, der geradezu typischen Verwirklichung der Verwaltungsübertretung durch den vorliegenden Sachverhalt über einen Zeitraum von 3,5 Monaten sowie den geschätzten Einkommens- und Vermögensverhältnissen erscheint die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von 2.500,00 Euro als tat- und schuldangemessen und in dieser Höhe jedoch jedenfalls auch erforderlich, um dem Beschwerdeführer das Unrecht seiner Tat vor Augen zu führen und ihn auf die besondere Wichtigkeit der Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes hinzuweisen. Auch aus generalpräventiven Gesichtspunkten ist die Verhängung einer Geldstrafe in dieser Höhe gerechtfertigt und notwendig.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde an die neu bemessene Geldstrafe angepasst.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III.6. Zur Kostenentscheidung

Im Hinblick auf die herabgesetzte Geldstrafe ermäßigt sich der Kostenbeitrag hinsichtlich des Verfahrens vor der belangten Behörde auf 10 Prozent der nunmehr verhängten Geldstrafe, damit auf 250,00 Euro (§ 64 Abs. 1 und 2 VStG). Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind dem Beschwerdeführer keine Kosten für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen, da er mit seiner Beschwerde zumindest im Bereich der Strafhöhe teilweise durchgedrungen ist.

IV. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Die Entscheidung des erkennenden Gerichtes orientiert sich an der bestehenden einheitlichen und im Erkenntnis zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Qualifikation der Tätigkeit von Pizzazustellern als Beschäftigung iSd Ausländerbeschäftigungsgesetzes. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Hinsichtlich der Frage der Strafbemessung handelt es sich stets um eine einzelfallbezogene und damit nicht verallgemeinerungsfähige Frage. Diese hängt vom konkreten Verhalten des jeweiligen Beschwerdeführers sowie der jeweiligen Intensität der Beeinträchtigung der verletzten Norm und vom konkret geschützten Rechtsgut 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

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Haas