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-303045/11/Kl/CG

Datum:
Linz, 28. Dezember 2021

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 Dr. Klempt über die Beschwerde des Ing. N C H, vertreten durch Rechtsanwälte H und H GmbH & Co KG, F, V, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 4. Juni 2021, GZ: BHVB/920170024440/20, wegen einer Übertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 10. November 2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe abgewiesen, dass das Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG mit „BGBl. Nr. 218/1975 idF. BGBl. I Nr. 66/2017“ zu zitieren ist.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 400 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 4.6.2021, GZ: BHVB/920170024440/20, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag 18 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit.a Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG verhängt, weil er als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der Firma S H GmbH in F, F zu verantworten hat, dass die genannte Firma nachstehenden ausländischen Staatsbürger beschäftigt hat, für diesen dem angeführten Arbeitgeber weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigenbestätigung ausgestellt wurde(n) und diese(r) Ausländer(in innen) weder eine für diese Beschäftigung gültige "Rot-Weiß-Rot - Karte", eine "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 eine "Niederlassungsbewilligung - Künstler", oder eine "Rot-Weiß-Rot - Karte plus", eine "Aufenthaltsberechtigung plus", einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder einen "Daueraufenthalt - EU" besitzt.
Es wurde nachangeführter Arbeitnehmer beschäftigt:
Name: K A, geb.: x
Staatsangehörigkeit: Afghanistan
Beschäftigungszeitraum: 09.09.2019, 12:00 Uhr bis zumindest 12.09.2019, 10:05 Uhr.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Zurückverweisung an die Behörde erster Instanz, in eventu die Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafhöhe beantragt. Es liege weder ein Verstoß gegen Meldepflichten nach dem ASVG noch gegen das AuslBG vor. Der afghanische Staatsangehörige K A sei tatsächlich nicht bei der Fa. S H GmbH beschäftigt gewesen. Vielmehr habe er Notiz von den Abrissarbeiten auf der Baustelle in S, P, genommen und sei diesbezüglich bei der Firma vorstellig geworden und sei ihm erlaubt worden, anfallendes Alteisen mitzunehmen. Es sei im Baugewerbe völlig normal, dass bei Abbrucharbeiten von dritter Seite Altbauteile bzw. Materialien zur weiteren Verwertung angefragt werden. A sei erstmals mittags am 9.9.2019 auf der Baustelle erschienen um das gewünschte Alteisen zu gewinnen. Hinsichtlich der Sicherheitsbestimmungen sei er vor Ort entsprechend unterwiesen und ihm Schutzausrüstung übergeben worden. Wie bei jeder anderen auf der Baustelle anwesenden Person sei auch seine Anwesenheit aus Sicherheitsgründen erfasst worden. Er sei daraufhin jeweils zu unregelmäßigen

Zeiten während der Abbrucharbeiten zur Baustelle gekommen um Alteisen aus dem abzureißenden Bestand zusammenzutragen. Hiefür habe er Bewehrungsstahl aus den abgebrochenen Teilen getrennt, zusammengeschnitten und in einem Muldenbehälter zwischengelagert, um es in weiterer Folge mit einem Hänger selbständig abzuholen. Den durch seine Auslösearbeiten anfallenden Schmutz habe er verständlicherweise zusammengeräumt. Es liege kein Arbeitsverhältnis, arbeitnehmerähnliches Verhältnis, Ausbildungsverhältnis oder sonstige wie immer geartete Einbindung ins Unternehmen vor. Es sei vollständig in seiner eigenen Entscheidung gelegen, wann er auf die Baustelle kam, wieviel Alteisen er dort zusammentrug. Naturgemäß habe er nur während der allgemeinen Arbeitszeiten auf der Baustelle anwesend sein dürfen und sei im Zuge des Sicherheitskonzeptes wie bei jeder anderen Person seine Anwesenheit erfasst worden. Es werde nicht in Abrede gestellt, dass A am 12.9.2019 von der Finanzpolizei Grieskirchen/Wels auf der bezeichneten Baustelle angetroffen wurde, während er dort Bewehrungsstahl zusammenschnitt. Baumeister H habe Herrn A eine entsprechende Erlaubnis erteilt und ihm zu verstehen gegeben, dass er zur Baustelle kommen könne und er dort Bescheid geben würde. In weiterer Folge habe er den Polier der Baustelle, Herrn T S, darüber informiert, dass A wegen des Alteisens kommen werde und ihm die Mitnahme gestattet sei. Tatsächlich sei A am 9.9.2019 um die Mittagszeit zur Baustelle ohne jegliche Schutzausrüstung erschienen, sodass ihm eine solche vor Ort zur Verfügung gestellt worden sei. Wie sämtliche Personen die auf die Baustelle kommen, sei A´s Anwesenheit im System festgehalten worden, konkret durch handschriftliche Aufzeichnungen des Poliers S bzw. in dessen Abwesenheit des Vorarbeiters R. Davon zu unterscheiden sei das Zeiterfassungssystem für die Lohnverrechnung ausschließlich für die Mitarbeiter der Firma. Konkret seien auf der Baustelle von einem Bagger Betonteile aus dem abzureißenden Bestand herausgerissen worden und abgelegt worden, sodass A sodann daraus den Bewehrungsstahl abtrennen konnte. Dafür habe er teilweise den Schuttrest von den Trägern lösen müssen und den Stahl entsprechend zusammenschneiden und im auf der Baustelle abgestellten Muldenbehälter zwischenlagern müssen. Während der Bagger Betonteile aus dem Gebäude gerissen und ausgelegt habe, habe A kein Eisen auslösen können und habe er daher den Schutt, der beim Freimachen des Bewehrungsstahls aus den Trümmern anfiel, zusammengekehrt und anfallenden Schmutz aufgeräumt. Herr A habe vollkommen selbständig und nach seiner eigenen Einteilung gearbeitet, kam einmal mittags, einmal morgens. Herr A sei weder an einen Arbeitsort noch an eine Arbeitszeit gebunden gewesen und habe auch keine persönliche Arbeitspflicht bestanden, allerdings sei ihm Arbeit nur möglich gewesen, wenn die Baustelle zu den üblichen Arbeitszeiten geöffnet gewesen sei.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10. November 2021, zu welcher die Parteien geladen wurden und mit Ausnahme der belangten Behörde erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen ADir. M S vom Finanzamt Österreich, K A, B R und T S geladen und einvernommen. Der weiters geladene Zeuge FOI. C W hat sich entschuldigt.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Fa. S H GmbH mit Sitz in F, F, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführer ist, verfügt über ca. 160 Mitarbeiter. Weitere Geschäftsführer sind Ing. A S und Ing. M B. Der Beschwerdeführer ist Haupteigentümer der Firma und Bauherr der Privatbaustelle in S, P (ehem. C L). Die Firma war Generalunternehmer auf der Baustelle, die Abbrucharbeiten wurden großteils von der Fa. L aus B W durchgeführt, teilweise wurden Entbauungsarbeiten, wie z.B. Fenster, Türen, Glas, Holzschalung usw. von verschiedenen anderen Personen vorgenommen.
Bei einer Kontrolle des Amtes für Betrugsbekämpfung am 12. September 2019 wurde an der Baustelle in S, P, der afghanische Staatsangehörige K A beim Herausschneiden von Baustahl aus Betonteilen angetroffen. Er verwendete einen Helm der Fa. S und auch Werkzeug wie Flex und Schiebetruhe der Fa. S und wurde auf der mit Bauzaun abgesperrten Baustelle angetroffen. Um auf die Baustelle zu gelangen, musste ein Zaunteil auf- und wieder zugeschoben werden. Der Arbeiter sagte den Kontrollorganen, dass er das Eisen weiterverkaufen wolle, konnte aber nicht angeben wem. Auch konnte er nicht angeben wie das Eisen transportiert werden soll. Der Arbeiter ist mit dem öffentlichen Verkehrsmittel zur Baustelle gekommen. Auch hatte der Arbeiter keinen Ausweis dabei, sodass er von den Organen zur Flüchtlingsunterkunft gebracht wurde, um einen Ausweis vorzuzeigen. In der Zeit von 9.9. – 12.9.2019 war verantwortlicher Polier T S, vor Ort anwesend war der Vorarbeiter B R. In diesem Zeitraum war lediglich die den Abbruch durchführende Fa. L, die die Baggerarbeiten vorgenommen hat, sowie von der Fa. S Herr R und ein Lehrling anwesend. Mit dem Bagger erfolgte zunächst der Abbruch der Betonteile sowie auch das Trennen von Beton und Eisen mit einer Zange. Erst dann werden die Eisenteile herausgenommen und zusammengezwickt und in einen Container gegeben. Ing. H hat den Polier telefonisch informiert, dass eine Person zur Baustelle kommt um das Baueisen zusammenzuschneiden. Wie diese Person heißt und ob diese Person A heißt, wurde dem Polier nicht gesagt. A bekam Helm und Schutzbrille von der Fa. S. Die Anwesenheit wurde vom Vorarbeiter aufgeschrieben. Dies wird dann in das Arbeitsbuch durch den Polier eingetragen. Arbeitskleidung und Stiefel hatte der Ausländer selber. Werkzeug brachte er nicht mit. Dieses war ohnedies auf der Baustelle vorhanden. Auch der Vorarbeiter hat bei den Arbeiten mitgeholfen. Es wurde dann auch gemeinsam das Eisen in den Containern gelagert. Wohin der Ausländer das Eisen gebracht hätte

und womit er es transportiert hätte, konnte weder der Vorarbeiter noch der Polier noch der Ausländer selbst angeben. Nach der Kontrolle kam der Ausländer nicht mehr auf die Baustelle. Das Eisen wurde daher von der Fa. S über den Zentralbauhof entsorgt.
Der Ausländer kam allein zur Baustelle und berief sich beim Vorarbeiter damit, dass mit Herrn H alles ausgemacht ist, nämlich dass er Eisen schneiden darf und mitnehmen darf. Der vor Ort anwesende Vorarbeiter wurde vorher nicht informiert, dass der Ausländer kommt. Er nahm daher Kontakt mit dem Polier auf, welcher dann dies mit Herrn H klären wollte. Der Vorarbeiter machte keine gesonderte Unterweisung hinsichtlich des Ausländers. Dieser kam einmal vormittags, einmal auch erst mittags. Die Arbeiten auf der Baustelle begannen um 6.30 Uhr und endeten etwa um 15.30 Uhr oder 16.00 Uhr. Es gab eine halbe Stunde Pause. Die Anwesenheitszeiten des Ausländers wurden vom Vorarbeiter aufgeschrieben und an den Polier weitergegeben. Nach dem Abbruch wurde das Bewehrungseisen gemeinsam durch den Vorarbeiter, den Lehrling und A herausgeschnitten und in die Mulden gegeben. Dies war eine Gemeinschaftsarbeit. Es wurde auch aufgespritzt gegen den Staub und auch zusammengekehrt, dies auch durch den Vorarbeiter und den Lehrling, wobei A mitgeholfen hat. Wenn Herr A nicht da war, machen diese Arbeiten die Arbeiter der Fa. S.
Der Ausländer hält sich seit Oktober 2015 in Österreich auf und war im September 2019 Asylwerber und lebte in einer Flüchtlingsunterkunft in T, A, etwa in 5 bis 6 km Entfernung zur Baustelle. Im Flüchtlingsheim hat dem Ausländer ein N gesagt, dass er auf der Baustelle in S aus Abbruchteilen Eisen herausschneiden kann und sich damit Geld verdienen kann. N sagte ihm auch, dass er von der Früh bis nachmittags auf die Baustelle kommen kann. Schutzbrille und Flex hat er auf der Baustelle bekommen, Sicherheitsschuhe hat er von seinem Bruder mitbekommen. Er hat dann das Eisen herausgeschnitten und zerkleinert und auch den verursachten Staub weggeräumt. Er hat erfahren, dass man pro Kilo Alteisen 50 Cent bekommen kann. Da er kein Fahrzeug besaß und nicht wusste wie er den Transport durchführen sollte, hat er auch Kontakt mit den Arbeitern auf der Baustelle diesbezüglich gehabt und auch hinsichtlich einer Möglichkeit des Transportes mit einem Firmenauto.
Das Eisen wurde mit Werkzeug der Fa. S geschnitten, mit einer Scheibtruhe zu den Sammelmulden gebracht und in diesen Mulden gelagert. Es wurde gemeinsam geschnitten und gemeinsam vermischt in die Mulden gegeben.
Der Ausländer arbeitete am Montag von 12.00 bis Schluss um 16.30 Uhr, am Dienstag von 6.30 Uhr bis 16.30 Uhr mit einer halben Stunde Pause, am Mittwoch ab 12.00 Uhr bis 16.30 Uhr und am Donnerstag, 12.9.2019, seit 6.30 Uhr bis zur Kontrolle. Der Ausländer wurde vom Chef persönlich eingeteilt, das ist N H, Geschäftsführer und Innungsmeister. Die Stunden schreibt der Polier mit, wenn er nicht da ist der Vorarbeiter und gibt sie dann dem Polier.

4.2. Dieser Sachverhalt gründet sich auf die im Akt befindlichen Fotos und Niederschrift vom 12.9.2019 sowie auf die Aussagen der in der öffentlichen

mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Angaben des Vorarbeiters unmittelbar vor Ort bzw. bei seiner Niederschrift in unmittelbarem Zusammenhang zur Kontrolle standen und daher vielmehr der Wahrheit entsprechen als die Angaben in der mündlichen Verhandlung. Es konnte daher davon ausgegangen werden, dass vom Bauherrn und Geschäftsführer Ing. H der Ausländer zur Arbeit eingeteilt wurde, die Arbeit für die Fa. S geleistet werden sollte, und der Ausländer auch in die Organisation der Firma eingegliedert war insoweit, als die Arbeitszeiten vorgegeben wurden, auch Werkzeug von der Firma zur Verfügung gestellt wurde, Sicherheitsgegenstände ausgehändigt wurden und gemeinsam mit dem Ausländer, also in einem Verband gearbeitet wurde und auch das herausgelöste und geschnittene Alteisen bzw. Baustahl nicht gesondert für den Ausländer sondern vermischt mit dem übrigen Baustahl in Mulden gelagert wurde und daher für die Firma aufbereitet wurde. Auch wurden im Verband mit dem auf der Baustelle befindlichen Vorarbeiter und Lehrling übrige Tätigkeiten gemeinsam durchgeführt. Dies ist unzweifelhaft aus der Aussage des einvernommenen Vorarbeiters zu entnehmen. Auch wenn darauf hingewiesen wurde, dass der Ausländer einmal mittags und einmal um 6.30 Uhr morgens zur Baustelle kam, so ist darin doch eine regelmäßige Arbeitsleistung zu erkennen und ein Eingliedern in den Betrieb der Fa. S, zumal bei ganztägiger Arbeit auch die gemeinsame Pause eingehalten wurde und auch das Arbeitsende vorgegeben war und eingehalten wurde. Da der Ausländer ohne Fahrzeug zur Arbeit kam, auch über kein eigenes Fahrzeug verfügte, auch keinen Händler zur Übergabe des Baustahls nennen konnte und auch keine Möglichkeit zur Beförderung des Alteisens hatte und wusste, ist die Angabe, dass er dieses verkaufen möchte und sich dafür Geld verdienen möchte, unglaubwürdig. Vielmehr auch deshalb liegt Unglaubwürdigkeit vor, als der Ausländer nicht über einen eigenen Lagerplatz und eine eigene Mulde verfügte, sondern – wie der Vorarbeiter klar aussagte – sämtliches Alteisen gemeinsam geschnitten wurde und dann gemeinsam vermischt in den Mulden abgelagert wurde. Es liegt daher einwandfrei und klar keine Arbeitsteilung, sondern ein gemeinsames Arbeiten vor. Dies wird auch vom Vorarbeiter dahingehend untermauert, dass die vom Ausländer durchgeführten Arbeiten bei dessen Abwesenheit sonst vom Vorarbeiter und dem Lehrling durchgeführt werden.

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. 66/2017 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn 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 oder Entsendebewilligung 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.

5.3. 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. Vielmehr war der Ausländer an die Baustellenzeiten sowie auch an den Arbeitsablauf hinsichtlich der konkret zu verrichtenden Arbeiten gebunden, sodass er in seiner Entschlussfähigkeit bezüglich der Tätigkeit auf ein Minimum beschränkt war. Es erfolgte die Tätigkeit im Verband mit den Mitarbeitern des Auftraggebers, begann regelmäßig um 06.30 Uhr oder mittags und endete um 16.30 Uhr, wurde einige Tage und mit Arbeitsmitteln des Auftragsgebers durchgeführt. Der Ausländer arbeitete nur für diesen einen Auftraggeber und hatte dieser den direkten Nutzen der Arbeitsleistung. Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ist der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. S H GmbH als Dienstgeber anzusehen, weil der Firma die Arbeitsleistungen des Ausländers zu Gute kamen. Die Arbeitsleistungen wurden wie von den eigenen Mitarbeitern R und dem Lehrling durchgeführt, es wurde keine Unterscheidung der Arbeit und auch hinsichtlich der Lagerung des gewonnenen Baustahls durchgeführt, auch wurden die Betriebszeiten der Baustelle gleichermaßen eingehalten und wurden Anwesenheiten aufgezeichnet. Es wurde der Ausländer in Arbeitskleidung beim Zusammenschneiden von Bewehrungsstahl angetroffen, verrichtete auf der Baustelle gleichartige Arbeiten wie der Vorarbeiter und der Lehrling, war in den Arbeitsablauf eingegliedert und richtete sich auch nach den Baustellenzeiten. Die Eigenständigkeit und Entscheidungsfreiheit ist daher sehr eingeschränkt bis nicht gegeben. Auch wurde das Bewehrungseisen in Betriebsmitteln des Arbeitgebers gesammelt und gelagert. Es wurde nicht

unterschieden, ob das Eisen vom Ausländer geschnitten wurde oder von den Arbeitnehmern des Beschwerdeführers. Der Ausländer ist daher in den Betrieb eingegliedert gewesen und ergab sich aufgrund der einfachen Tätigkeit auch eine stille Autorität. Dass ein Entgelt nicht vereinbart wurde, steht dem nicht entgegen, steht doch dem Arbeitnehmer das angemessene Entgelt gemäß ABGB zu. Darüber hinaus hat aber, wie sich auch der Beschwerdeführer verteidigt, der Arbeitnehmer indirekt eine Entgeltleistung erwartet, indem er sich ein Entgelt für den Baustahl erwartete.

Es liegt daher eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses bildet. Auch wurde der Ausländer auf einer Baustelle des Unternehmens angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich ist, sodass nach der gesetzlichen Vermutung des § 28 Abs. 7 AuslBG das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung ohne Weiteres anzunehmen war, da kein substantiiertes Vorbringen bzw. Nachweise, die gegen die Vermutung sprechen, vorliegen.
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.

Als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. S H GmbH hat der Beschuldigte die Übertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

5.4. 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 Sachverhaltsgrundlage erteilten unrichtigen Rechtsauskunft der für die Erteilung einer Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zuständigen Behörde, 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. Es ist daher eine Entlastung des Beschwerdeführers nicht gelungen.

5.5. 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).

Von der belangten Behörde wurden durchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse und keine Sorgepflichten zu Grunde gelegt. Diesen Umständen wurde auch in der Beschwerde nicht entgegengetreten und kamen keine geänderten Umstände für die Strafbemessung hervor. Es kann daher nicht gefunden werden, dass die belangte Behörde bei dem ihr bei der Strafbemessung zukommenden Ermessen in gesetzwidriger Weise vorgegangen wäre. Ein

erhebliches Überwiegen von Milderungsgründen wurde vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht und trat nicht hervor, sodass nicht von einer außerordentlichen Milderung Gebrauch zu machen war. Vielmehr war zu berücksichtigen, dass der Ausländer mehrere Tage beschäftigt war. Es ist daher auch durch Entgang von Sozialversicherungsbeiträgen ein Schaden entstanden.

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).

Es war daher die Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zu bestätigen.

5.6. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind 400 Euro, gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG aufzuerlegen.

6. 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.

Die Entscheidung stützt sich auf die in der mündlichen Verhandlung aufgenommenen Beweise und deren Würdigung. Auch wurde nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.

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. 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