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-303014/36/KHa

Datum:
Linz, 8. Juni 2022

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 C D H, vertreten durch Dr. G P, LL.M, MBA, Rechtsanwalt, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 16. April 2021, GZ: 0024602/2021, wegen einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Jänner 2022 und am 21. März 2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als im Spruch die Wortfolge "als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher der Firma P GmbH, x" durch die Wortfolge „als gemäß § 9 Abs. 2 VStG verantwortlicher Beauftragter der Firma P GmbH, x" ersetzt wird, der Wortlaut des Tatvorwurfs nach der Wortfolge „verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:" wie folgt zu lauten hat: "Die P GmbH hat als Arbeitgeber zu den angeführten Zeiten nachstehende Person mit irakischer Staatsbürgerschaft beschäftigt, ohne dass für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, obwohl ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen darf, 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.“ und nach der Wortfolge „gegen Entgelt (Anspruch gemäß § 29 AuslBG)“ die Wortfolge „im von der P GmbH betriebenen Restaurant „P-M“ in x“ ergänzt wird sowie 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 erster Strafsatz AuslBG, BGBl. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 66/2017“ zu lauten haben.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200,00 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

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 16. April 2021, GZ: 0024602/2021, wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe es als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher der Firma P GmbH, x, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass die P GmbH als Arbeitgeber B S H, geboren am x, irakischer Staatsbürger, wohnhaft in x, am 22. August 2019 als Essenszusteller gegen Entgelt (Anspruch gem. § 29 AuslBG) beschäftigt habe, ohne dass der Beschäftigte über eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung verfügt habe, sodass dieser im Sinne der angeführten gesetzlichen Bestimmungen unberechtigt beschäftigt gewesen sei. Dadurch seien die Rechtsvorschriften des § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit a Ausländerbeschäftigungsgesetz verletzt worden und wurde über den Beschwerdeführer gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit a AuslBG eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) verhängt.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass Ausgangspunkt des gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahrens ein Strafantrag der Finanzpolizei Team 40 für das Finanzamt Linz, nunmehr Amt für Betrugsbekämpfung, vom 10. August 2020 sei. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 11. August 2020 (am 13. August 2020 übernommen und ordnungsgemäß zugestellt) sei gegen den Beschwerdeführer wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung das ordentliche Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden. Der Beschwerdeführer habe sich zum Tatvorwurf weder mündlich noch schriftlich gerechtfertigt, sodass der dargestellte Sachverhalt als erwiesen angenommen werden könne. Der Beschwerdeführer habe den irakischen Staatsbürger B S H ohne entsprechende Beschäftigungsbewilligung nach den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes beschäftigt.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Beschwerdeführers vom 17. Mai 2021. Darin führt der Beschwerdeführer aus, dass dieser die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen habe und aus den vorliegenden Beweisergebnissen keine Verwaltungsübertretung des Beschwerdeführers ableitbar sei. Der Beschwerdeführer sei nicht Verantwortlicher der Firma P GmbH im Sinne des § 9 VStG und sei die P GmbH zu keiner Zeit Dienstgeber von B S H gewesen. Zudem sei die von der Verwaltungsstrafbehörde verhängte Geldstrafe bei weitem überhöht und entspreche nicht den gesetzlichen Strafzumessungsgründen.

I.3. Mit Schreiben vom 19. Mai 2021 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 des Amtes für Betrugsbekämpfung, welche im Zuge der durchgeführten Kontrolle erstellt bzw. beigeschafft wurden.

Weiters fand am 17. Jänner 2022 sowie am 21. März 2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich statt. An diesen Verhandlungen nahmen sowohl der Vertreter des zuständigen Amtes für Betrugsbekämpfung als auch Vertreter der belangten Behörde teil. Der Beschwerdeführer, der an beiden Verhandlungstagen anwaltlich vertreten war, blieb der Verhandlung am 17. Jänner 2022 krankheitsbedingt fern und wurde in der Verhandlung am 21. März 2022 zum Sachverhalt befragt. Im Rahmen der Verhandlung am 17. März 2022 wurden zudem, der bei der Kontrolle anwesende Mitarbeiter des Amtes für Betrugsbekämpfung sowie B S H zeugenschaftlich einvernommen.

I.5. Mit Eingabe vom 27. Oktober 2021 hat das Amt für Betrugsbekämpfung ergänzend Firmenbuchauszüge betreffend die P GmbH, die P Service GmbH (nunmehr: Z 24 GmbH) sowie eine Abfrage aus dem KFZ-Zentralregister zum Fahrzeug mit dem behördlichen Kennzeichen x übermittelt. Mit Urkundenvorlage vom 28. März 2022 hat der Beschwerdeführervertreter Rechnungen der P Service GmbH vom 31. August 2019 sowie vom 30. September 2019 jeweils an B S H hinsichtlich der KFZ-Mietgebühr für August und September 2019 vorgelegt.

II. Es steht folgender entscheidungsrelevante S a c h v e r h a l t fest:

II.1. Der Beschwerdeführer ist (nach einer Unterbrechung wegen eines Insolvenzverfahrens wieder) seit 30. November 2017 Prokurist der P GmbH, eingetragen im Firmenbuch unter FN x, mit dem Firmensitz x.

Mit 18. November 2016 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 28a Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 2 und 3 VStG zum verantwortlichen Beauftragten der P GmbH, FN x, für den räumlichen Zuständigkeitsbereich Oberösterreich bis auf Widerruf bestellt. Die an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung übermittelte Bestellung des

Beschwerdeführers zum verantwortlichen Beauftragten der P GmbH wurde vom Beschwerdeführer unterfertigt und ist nach wie vor aufrecht.

II.2. Am 22. August 2019 führten Organe des Amtes für Betrugsbekämpfung um 11:15 Uhr im Restaurant „P“ in x, eine Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz durch. Dabei wurde B S H beim Einladen einer mit Speisen und Getränken befüllten Essenszustellertasche in den PKW mit dem behördlichen Kennzeichen x angetroffen. Dieser PKW war mit der Aufschrift „P“ versehen.

Die P GmbH betreibt und hat auch zur Tatzeit am 22. August 2019 an der Adresse x, ein P-Restaurant (P-Filiale) als Franchisenehmer betrieben. Im Geschäftslokal vor Ort ist und war es möglich, Speisen und Getränke zu konsumieren oder bestellte Speisen vor Ort abzuholen. 90 % des Geschäftsergebnisses werden und wurden jedoch durch bzw. mit der Zustellung von bestellten Speisen und Getränken erzielt.

II.3. Lizenzgeber in der P-Gruppe ist die P GmbH. Weiters betreibt die P GmbH ein Callcenter. In diesem Callcenter langen sämtliche Kundenbestellungen ein und werden die Bestellungen auf die einzelnen Franchisenehmer zur Zubereitung der georderten Speisen und Auslieferung der Speisen und Getränke weitergeleitet.

II.4. Die P Service GmbH (nunmehr: Z x GmbH), eingetragen im Firmenbuch zu FN x, bietet Zustelldienstleistungen für ihre Kunden an. Bei diesen Kunden handelt es sich um die Franchisenehmer der P-Gruppe. Auch die P GmbH als Franchisenehmer hat zur Tatzeit derartige Zustelldienstleistungen der P Service GmbH in Anspruch genommen. Zu diesem Zweck schließt die P Service GmbH als Werkvertrag titulierte vertragliche Vereinbarungen mit den einzelnen Essenszustellern ab.

Die einzelnen Essenszusteller werden für ihre Tätigkeiten von der P Service GmbH pro durchgeführter Auslieferung honoriert. Die P Service GmbH verrechnet diese Zustellleistungen (mit einen Verwaltungsaufschlag) an die jeweiligen Franchisenehmer, somit auch an die P Service GmbH, für jeden Monat am Ende dieses Monats weiter, dies aufgelistet nach den einzelnen Filialen. Auch für die Zustellerdienstleistungen, die B S H für die P GmbH im August 2019 erbracht hat, erfolgte eine entsprechende Rechnungslegung durch die P Service an die P GmbH, jeweils aufgeteilt auf die von der P GmbH betriebenen Filialen, wobei die Rechnungslegung alle Zustellerleistungen (unabhängig vom jeweils konkret eingesetzten Essenszusteller) umfasst.

Aufgabe der einzelnen Zusteller, die in einem Vertragsverhältnis zur P Service GmbH stehen, ist die Erbringung der Zustellerleistungen (Auslieferung der

bestellten Speisen und Getränke an die Kunden) für die einzelnen Franchisenehmer, denen diese zugeteilt werden.

II.5. Auch zwischen der P Service GmbH und dem verfahrensgegenständlichen B S H bestand eine vertragliche Vereinbarung zur Erbringung von Zustellerleistungen (Werkvertrag vom 1. August 2019). B S H führte im August 2019, jedenfalls am 22. August 2019 als Essenszusteller derartige Zustellertätigkeiten für die P GmbH aus.

Bei Fragestellungen rund um seine Tätigkeiten konnte sich B S H an die Leiterin der von der P GmbH betriebenen P-Filiale in der x wenden. Bei dieser handelte es sich um eine Dienstnehmerin der P GmbH. Diese hat auch die Einschulung der Essenszusteller übernommen bzw. organisiert.

Die organisatorische Abwicklung der Tätigkeit der Essenszusteller (Vertragsabschlussgestaltung, sozialversicherungsrechtliche Abwicklung, Anmeldung der Gewerbe der Essenszusteller, Abwicklung der Verrechnung der erbrachten Leistungen mit den Essenszustellern, Koordinierung der einzelnen Essenszusteller) erfolgte einerseits durch einen externen Berater (H H) sowie andererseits durch eine Dienstnehmerin (K W) der P GmbH. Letztere stand B S H (neben der Filialleiterin) als Ansprechpartnerin für allfällige Anliegen und Fragen zur Verfügung.

II.6. Die konkrete Einteilung der einzelnen Zusteller für die Zustelldienstleistungen der Franchisenehmer erfolgte organisatorisch so, dass diese monatlich durch H H entsprechend den lokalen Besonderheiten der einzelnen Standorte festgelegt wurde. Hier erfolgte die Vorgabe, wie viele Essenszusteller an welchen Tagen welchem Franchisenehmer zur Verfügung zu stellen sind, um alle Auslieferungen sicherstellen zu können. Diesbezüglich wurde für jeden Franchisenehmer eine Liste erstellt, in welche sich die Essenszusteller für die Zeiten der Auslieferungstätigkeiten eintragen konnten. Konnten nicht alle erforderlichen Zeiten abgedeckt werden, oblag es dem jeweiligen Franchisenehmer, (verfahrensgegenständlich) der P GmbH, sich um einen entsprechenden Ersatz bzw. um die Abdeckung der fehlenden Zeiten zu kümmern. Gleiches galt bei einem Ausfall eines Essenszustellers etwa durch Krankheit. In dem Fall, in dem B S H seine Zustellertätigkeit nicht ausüben hätte können, hätte sich dieser mit einer seiner beiden Ansprechpartnerinnen (Filialleiterin oder K W als Mitarbeiterin der P GmbH) in Verbindung gesetzt, die sich um entsprechenden Ersatz gekümmert hätten.

B S H hat die Tätigkeit für den von der P GmbH betriebenen Standort x an 6 Tagen in der Woche grundsätzlich in der Zeit von 10 Uhr bis 17 Uhr oder in der Zeit von 17 Uhr bis 24 Uhr durchgeführt; dies entsprechend seinen Eintragungen in der oben beschriebenen Liste. Fallweise erfolgte die Tätigkeit abweichend davon auch

nur an 5 Tagen in der Woche oder auch zu anderen Zeiten. Dies war auch immer von den freien Zeiten in der angesprochenen Liste abhängig. Die Einteilung der Zeiten, in denen B S H seine Tätigkeit als Essenszusteller für die P GmbH ausführen sollte, erfolgte immer monatlich.

Die Übernahme der einzelnen Auslieferungsfahrten durch die eingeteilten Essenszusteller erfolgte derart, dass über einen Bildschirm in dem von der P GmbH betriebenen Standort in der x die jeweiligen zu übernehmenden Auslieferungsfahrten angezeigt wurden und diese (sofern sich dies nicht ohnehin zwischen den einzelnen anwesenden Zustellern automatisch reguliert) den Essenszustellern auch über die Bildschirmanzeige zugewiesen wurden. Dieses Zuweisungssystem war und ist erforderlich, um die zeitgerechte Durchführung aller Auslieferungsfahrten garantieren zu können. Bei Übernahme einer Auslieferungsfahrt musste dies B S H im Computersystem eingeben, damit ersichtlich ist, welcher Zusteller vor Ort im Geschäftslokal ist und welcher Zusteller gerade unterwegs ist. Nach Durchführung der Auslieferungsfahrt meldete sich B S H im System als wieder zurückgekommen an und wartete vor Ort (in den Räumlichkeiten des P-Restaurants in der x vor dem Bildschirm) auf die nächste zugeteilte Auslieferungsfahrt.

Zwischen den einzelnen Auslieferungsfahrten hat B S H fallweise auf Ersuchen der Mitarbeiter der P GmbH in der Filiale x auch sonstige Tätigkeiten (Vorbereitung der Auslieferungen, Reinigungsarbeiten und dergleichen) übernommen. Bei Übernahme einer Auslieferungsfahrt hat B S H die georderten Speisen und Getränke in die für die Auslieferung zur Verfügung stehende Warmhaltebox gegeben und danach die Auslieferung durchgeführt.

II.7. Für die durchgeführten Zustellertätigkeiten wurde B S H von der P Service GmbH entlohnt. Die jeweilige Abrechnung erfolgte mittels eines von der P Service GmbH vorgegebenen Rechnungsformulars (dies wurden von allen Essenszustellern verwendet) am Ende des betreffenden Monats. Die Entlohnung erfolgte nach der Anzahl der durchgeführten Auslieferungsfahrten multipliziert mit dem jeweils anzuwendenden Euro-Satz (vom Zeugen B S H vorgelegte Abrechnungen betreffend Abrechnungszeiträume August 2019 bis Februar 2020 – Beilage ./2 zum Verhandlungsprotokoll vom 17. Jänner 2022). Der jeweilige Euro-Satz, mit dem die Multiplikation erfolgte, differenzierte dabei je nachdem, ob die Zustellungen am Tag oder in der Nacht erfolgten und auch nach dem einzelnen Zustellgebiet der Filialen (auf Basis des Umkreises der Zustellregion). Die Honorierungsansätze sind hierbei für alle Essenszusteller gleich und werden nicht ausverhandelt.

B S H führte keine eigenen Aufzeichnungen über die Anzahl der von ihm durchgeführten Zustellfahrten. Diese wurden automatisch durch das bereits dargestellte Computersystem bei Zuteilung der Zustellfahrten beim jeweiligen Zusteller erfasst und bildeten die Basis für die Abrechnung. Die jeweilige

Abrechnung des B S H wurde von H H mit diesem besprochen und die Anzahl der Auslieferungen anhand der vorhandenen Computerliste eingetragen und somit der Rechnungsbetrag errechnet.

II.8. Als Möglichkeiten der Kunden, die bestellte Lieferungen zu bezahlen, standen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung (Barzahlung vor Ort, Kreditkarten/Bankomatkartenzahlung vor Ort, Kreditkartenzahlung bei Bestellung). Für die Kreditkartenzahlung/Bankomatkartenzahlung vor Ort wurde den Essenszustellern (so auch B S H) ein entsprechendes Zahlungsgerät in der jeweiligen Filiale zur Verfügung gestellt. Im Falle einer Barzahlung kassierte B S H den Zahlungsbetrag beim Kunden ein und lieferte den Zahlungsbetrag in der Filiale ab. Wechselgeld wurde B S H nicht zur Verfügung gestellt. Bei Bezahlung mittels Kreditkarte oder Bankomatkarte erfolgte die Einzahlung auf ein Konto der P GmbH. Erst im Nachhinein erfolgte die Verrechnung mit den einzelnen Franchisenehmern.

II.9. B S H führte die Auslieferungen zu Beginn seiner Tätigkeit mit einem auf die P GmbH zugelassenen Fahrzeug durch. Dieses hat er auch am Tag der Kontrolle durch das Amt für Betrugsbekämpfung am 22. August 2019 verwendet. Für die Verwendung des Fahrzeuges hat B S H Miete bezahlt, diese wurde im Rahmen der monatlichen Abrechnung von dem ihm zustehenden Rechnungsbetrag in Abzug gebracht. Die Verrechnung der Miete erfolgte hierbei auf Basis eines einheitlichen Satzes pro Zustellfahrt. Danach hat B S H die Auslieferungsfahrten mit seinem privaten PKW durchgeführt und dabei ein Schild mit der Aufschrift „P“ im Frontbereich der Windschutzscheibe angebracht. Wahlweise wurden den Essenszustellern auch P-Magnetschilder, die am Dach der Fahrzeuge angebracht wurden, zur Verfügung gestellt.

B S H verfügte über keine Betriebsräumlichkeiten, Visitenkarten, Firmentafel usw. betreffend seine selbständige Tätigkeit. In der Zeit, in der B S H als Essenszusteller für die P-Gruppe tätig war, hat er keine weitere Beschäftigung ausgeübt.

II.10. B S H ist irakischer Staatsbürger. B S H verfügte seit 26. August 2019 über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchst zulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 kg nicht übersteigt“. Als Standort der Gewerbeberechtigung ist x, genannt.

B S H war im August 2019 weder als Dienstnehmer der P – Service GmbH noch als Dienstnehmer der P GmbH zur Sozialversicherung angemeldet. B S H hat aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht Beiträge an die SVS entrichtet und sich selbst um die Versteuerung seiner Einkünfte gekümmert.

Für die Tätigkeit von B S H als Essenszusteller zur Tatzeit wurde keine Beschäftigungsbewilligung gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz erteilt. B S H

besaß auch keine der in § 3 Abs. 1 AuslBG genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Berechtigungen.

II.11. Die personellen Angelegenheiten, insbesondere auch bei der Beschäftigung neuer Dienstnehmer (Anmeldung zur Sozialversicherung, Beantragung allfälliger Bewilligungen nach dem AuslBG) lagen im Verantwortungsbereich des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer hat im Vorfeld keine Erkundigungen bei den für die Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zuständigen Stellen (insbesondere beim Arbeitsmarktservice) eingeholt, ob für die Tätigkeiten des Essenszustellers B S H eine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erforderlich ist.

II.12. Sofern die Mitarbeiter der P GmbH (insbesondere die Mitarbeiterin K W) Tätigkeiten ausgeführt haben, die die P Service GmbH betrafen, kam es zu einer internen Weiterverrechnung dieser Dienstleistungen innerhalb der P-Firmengruppe.

II.13. Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheinen keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen auf. Der Beschwerdeführer verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von 4.500,00 Euro und ist für eine minderjährige Tochter sorgepflichtig.

II.14. Mit rechtskräftigem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 26. Jänner 2021 zu GZ: VGW-041/036/4586/2020-7 sowie mit rechtskräftigem Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 25. Jänner 2021 zu GZ: VGW-041/036/4590/2020-8 wurden der jeweils auf die Strafhöhe eingeschränkten Beschwerden der beiden Gesellschafter der P GmbH (zum Zeitpunkt 22. August 2019) im Sinne einer Herabsetzung der Geldstrafe stattgegeben. Verfahrensgegenständlich war in diesen Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien der auch nunmehr verfahrensgegenständliche Sachverhalt (Beschäftigung des B S H in der P GmbH am 22. August 2019 um 11:15 Uhr als Essenszusteller in x; Kontrolle durch das Amt für Betrugsbekämpfung am 22. August 2019), allerdings jeweils betreffend die Übertretung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes. Die Beschwerden wurden im Rahmen des Beschwerdeverfahrens auf die Strafhöhe eingeschränkt.

III. Beweiswürdigung

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den im Akt einliegenden Dokumenten, sowie aus den glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben der einvernommenen Zeugen W T (Amt für Betrugsbekämpfung) und B S H.

Weiters wurde der Beschwerdeführer eingehend zum Sachverhalt, insbesondere zur Vertragsbeziehung der P Service GmbH zur P GmbH, zur Vertragsbeziehung des B S H bzw. ganz allgemein der Essenszusteller zur P Service GmbH sowie zu den Verrechnungsmodalitäten, die sich aus diesen Geschäftsbeziehungen ergeben, zum Ablauf der Auslieferung der bestellten Speisen sowie zur generellen Ausgestaltung der Vertragsbeziehung zu den Essenszustellern befragt. Die diesbezüglichen Schilderungen des Beschwerdeführers wurden in weiten Bereichen auch dem festgestellten Sachverhalt zur Grunde gelegt. Ob sich aus dem vom Beschwerdeführer geschilderten System ergibt, dass hinsichtlich der Tätigkeit des B S H vom Erfordernis der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz auszugehen ist, oder ob es sich bei der Tätigkeit des B S H um eine selbständige Tätigkeit handelt, ist eine Frage, die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu erörtern sein wird.

Generell betrachtet decken sich auch die Aussagen des Zeugen B S H grundsätzlich mit den Ausführungen des Beschwerdeführers.

III.2. Der Zeuge B S H hat insbesondere die genauen Abläufe der Auslieferungen der Speisen und Getränke durch ihn glaubwürdig und nachvollziehbar geschildert. Der Zeuge hat im Rahmen seiner Einvernahme dargelegt, wie die Auslieferung der Speisen und Getränke im Organisationsablauf der P-Filiale in x, funktioniert hat, welche Betriebsmittel ihm zur Verfügung gestellt wurden, welche Vorgaben es hinsichtlich des konkreten Zustellvorgangs (insbesondere hinsichtlich der Zuteilung der einzelnen Auslieferungen) gab, wer als Ansprechpartner bei Fragestellungen, sowie bei seiner Verhinderung zur Verfügung stand und wie die Verrechnung von ihm erfolgten Auslieferungen mit der P Service GmbH erfolgte. Das erkennende Gericht hat im Rahmen der Einvernahme des Zeugen den Eindruck gewonnen, dass dieser die Abläufe wahrheitsgemäß dargelegt hat.

Zudem wurden die Angaben des Zeugen auch vom Beschwerdeführer selbst bestätigt, der im Rahmen seiner Einvernahme die diesbezügliche Organisation der Tätigkeiten der Essenszusteller durch die P-Gruppe ebenfalls sehr detailliert und nachvollziehbar geschildert hat. Weiters hat der Beschwerdeführer die Zusammenhänge der einzelnen Unternehmungen der P-Gruppe (P GmbH, P Service GmbH, P GmbH) dargelegt und konnten diese Ausführungen dem Sachverhalt zu Grunde gelegt werden.

Diesbezüglich hat der Beschwerdeführer auch seine Funktion in der P GmbH sowie die Bestellung als verantwortlicher Beauftragter für den Bereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nicht in Abrede gestellt, sondern seine grundsätzliche Verantwortung vielmehr ausdrücklich bestätigt.

III.3. Sowohl aus den Darlegungen des Beschwerdeführers als auch aus den vorgelegten Urkunden (Werkvertrag vom 1. August 2019, abgeschlossen zwischen der P Service GmbH und B S H; Rechnungslegung B S H an die P Service GmbH) ist ersichtlich, dass ein (direktes) Vertragsverhältnis des B S H zur P Service GmbH bestand. Gemäß den Schilderungen sowohl des Zeugen B S H als auch des Beschwerdeführers, wurde dieser am Tattag zur Erbringung von Auslieferungstätigkeiten für die von der P GmbH betriebenen P-Filiale x, eingesetzt. Dies konnte auch vom Zeugen W T (Amt für Betrugsbekämpfung) bestätigt werden, der den Zeugen B S H im Zuge der Kontrolle zur Tatzeit bei Auslieferungstätigkeiten vor der Filiale in x, angetroffen hat.

III.4. Die erforderliche Anwesenheit von B S H in der P-Filiale in x, in den vom Zeugen angegebenen Zeiten anhand der Eintragung in der monatlichen Liste erscheinen dem Gericht nachvollziehbar. 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 Zeugen B S H für das erkennende Gericht nachvollziehbar, dass es ihm nicht möglich gewesen ist, einzelne Zustellfahrten abzulehnen bzw. Dienste abzulehnen oder diese nicht durchzuführen, ohne dies im Vorfeld mit der Filialleiterin abzusprechen, zumal damit die organisatorische Planung der Zustellungen an die Kunden kaum möglich gewesen wäre.

III.5. Dass der Zeuge B S H über keine eigenen wesentlichen Betriebsmittel verfügte, kann den diesbezüglichen Aussagen des Zeugen entnommen werden. Dass dieser vorerst die Auslieferungen mit einem von der P-Filiale zur Verfügung gestellten PKW durchgeführt hat (welcher auf die P GmbH angemeldet war) und er danach seinen privaten PKW verwendet hat, deckt sich zudem auch mit den Schilderungen des Beschwerdeführers. Dass die Warmhaltebox zur Durchführung der Auslieferungen vom Zeugen B S H angekauft wurde (von der P Service GmbH?) konnte letztendlich nicht durch entsprechende Belege untermauert werden, sodass diesbezüglich den Ausführungen des Zeugen Glauben geschenkt wird, wonach dieser die Warmhaltebox in der Filiale zur Verfügung gestellt bekommen hat, zumal davon auszugehen ist, dass der „Kaufpreis“ für die Warmhaltebox allenfalls auch vom Auszahlungsbetrag in Abzug gebracht worden wäre (wie dies auch bei der KFZ-Miete der Fall war), sich diesbezügliches jedoch nichts aus den vorliegenden Rechnungen (Beilage ./2 zum Verhandlungsprotokoll vom 17. Jänner 2022) ergibt.

III.6. Dass es zu internen Verrechnungen von Personalkosten innerhalb der P-Gruppe gekommen ist bzw. kommt, ist zwar grundsätzlich nachvollziehbar. Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass als Ansprechpartner für B S H bei Fragestellungen als auch bei der Organisation der Zustellertätigkeiten grundsätzlich Mitarbeiterinnen der P GmbH zur Verfügung standen und insbesondere die Filialleiterin der von der P GmbH betriebenen Filiale als Mitarbeiterin der P GmbH zu qualifizieren ist.

Dass diese internen Verrechnungen auch nicht in letzter Konsequenz durchgeführt werden, zeigt sich anhand der Urkundenvorlage vom 28. März 2022. Im Rahmen seiner Einvernahme am 21. März 2022 hat der Beschwerdeführer zur KFZ-Miete ausgeführt (Seite 10 des Verhandlungsprotokolls), dass der Mietvertrag zwischen B S H und der P GmbH als Zulassungsbesitzerin des Fahrzeuges abgeschlossen worden ist und entsprechende Rechnungen über das Mietentgelt der P GmbH an B S H existieren. Die mit Urkundenvorlage vom 28. März 2022 vorgelegten Rechnungen zur KFZ-Mietgebühr wurden jedoch von der P Service GmbH an B S H ausgestellt.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. 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 Euro 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) überlassener 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.

IV.2. Zum objektiven Tatbestand:

IV.2.1. 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 irakischen Staatsangehörigen B S H 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.

IV.2.2. 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 – Service GmbH und dem Essenszusteller B S H 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 Essenszusteller B S H 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 H und der P – Service GmbH ist daher in seiner inhaltlichen Ausgestaltung nicht als Werkvertrag zu qualifizieren, sondern stellte B S H als Essenszusteller 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.

IV.2.3. 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. Dies aus folgenden Gründen:

IV.2.3.1. Der Essenszusteller B S H war in die Organisationsstruktur der von der P GmbH betriebenen P-Filiale x, intensiv eingegliedert. Der Essenszusteller musste während der gesamten Öffnungszeit des Lokals zu den im vornhinein festgelegten Zeiten vor Ort im Restaurant anwesend sein und die Auslieferungen der Kundenbestellungen gemäß der Zuteilung der einzelnen Auslieferungsfahrten durchführen. Es bestand für den Essenszusteller die diesbezügliche Verpflichtung, jede ihm zugewiesene 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 Essenszusteller 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. Eine derartige Eingliederung in den Organisationsablauf ist bereits nach dem Zweck des Angebots eines Lieferservice auch erforderlich, um eine zeitgerechte Zustellung der Kundenbestellungen sicherstellen zu können, zumal der weitaus überwiegende Anteil des Geschäftsmodels der von der P GmbH betriebenen Filiale auf den Lieferservice bezieht. Derart dichte organisatorische Vorgaben kommen materiell einer Weisungsbindung gleich.

IV.2.3.2. Der Essenszusteller war auch hinsichtlich der Arbeitszeit nicht frei, sondern musste zu den jeweils monatlich im vornhinein festgelegten Zeiten anwesend sein und die in diesem Zeitraum ihm zugeteilten Zustellfahrten übernehmen. Die in der als „Werkvertrag“ titulierte Vereinbarung zwischen dem Zusteller und der P – Service GmbH festgelegte Möglichkeit, Aufträge abzulehnen bzw. sich durch Erfüllungsgehilfen vertreten zu lassen, war de facto nicht gegeben und wurde auch nicht gelebt. Auch hätte B S H im Falle seiner Verhinderung sich nicht selbst um einen Ersatz kümmern müssen, sondern wäre diesfalls die Filialleiterin vor Ort kontaktiert worden. Diese hätte einen entsprechenden Ersatz organisiert. Zeiten, in denen der Essenszusteller nicht zur Verfügung stand, hätten im Vorfeld mit der Filialleitung vor Ort abgesprochen werden müssen.

IV.2.3.3. Zudem erfüllte der Essenszusteller seine Verpflichtung in täglicher Regelmäßigkeit zu den Öffnungszeiten des Restaurants im Rahmen der festgelegten Zeiten, wobei die Tätigkeit auf Dauer angelegt war. Die Zusammenarbeit zwischen B S H und der P Service GmbH dauerte von August 2019 bis Februar 2020 an und endete nicht nach Durchführung einzelner Zustellungsfahrten.

IV.2.3.4. Der Essenszusteller B S H war in dem genannten Zeitraum August 2019 bis Februar 2020 ausschließlich als Essenzusteller für die die P – Service GmbH tätig und hat somit seinen Lebensunterhalt aus dieser Tätigkeit bestritten.

IV.2.3.5. Dem Pizzazusteller wurden die wesentlichen Betriebsmittel in Form der Warmhaltetasche, des Gerätes für die Bankomatzahlungen und Kreditkartenzahlungen zur Verfügung gestellt. Als eigene Betriebsmittel kann lediglich der private PKW des Essenszustellers 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 Essenszusteller bei Durchführung der Auslieferungsfahrten ein „P“-Schild im Frontbereich seines Fahrzeuges zu montieren hatte. Auch dieses Schild wurde dem Pizzazusteller zur Verfügung gestellt. Zu Beginn seiner Tätigkeit wurde B S H ein Fahrzeug für die Durchführung der Auslieferungsfahrten zur Verfügung gestellt. Für diese Zurverfügungstellung musste B S H zwar ein Mietentgelt bezahlen, allerdings errechnete sich das Mietentgelt pro durchgeführter Auslieferungsfahrt, sodass das wirtschaftliche Risiko der Refinanzierung des Mietentgeltes nicht bei B S H lag.

Eine sonstige unternehmerische Infrastruktur war seitens des Pizzazustellers zur Durchführung seiner Aufgaben nicht vorhanden auch nicht erforderlich. Er ist nicht werbend für seine Tätigkeit am Markt aufgetreten.

IV.2.3.6. Die Auslieferungen erfolgten auf Rechnung der Filiale x, bzw. bei Bankomatzahlungen oder Kreditkartenzahlungen ging das Geld direkt auf ein Konto der P GmbH ein, die diese Einnahmen in weiterer Folge an die jeweiligen Filialbetreiber (Franchisenehmer) weitergeleitet hat.

IV.2.3.7. B S H erhielt für seine Tätigkeit Entgelt von der P – Service GmbH pro durchgeführter Auslieferungsfahrt, welches ihm monatlich ausbezahlt wurde, wobei die Verrechnungssätze für die Auslieferungsfahrten von der P Service GmbH vorgegeben und nicht mit B S H ausverhandelt wurden. Diese Sätze je Auslieferungsfahrt waren für alle Essenszusteller, die in einem Vertragsverhältnis zur P Service GmbH standen, gleich. B S H verwendete zur Rechnungslegung von der P Service GmbH standardisiert vorgegebene Rechnungsformulare und füllte diese im Beisein einer von der P Service GmbH hierzu beauftragten Person anhand jener Aufzeichnungen, die von diesem Beauftragten mitgeführt wurden, aus. Auch

die Abrechnung der erbrachten Leistungen erfolgte nach den von der P Service GmbH vorgegebenen, standardisierten Abrechnungsmodalitäten.

IV.3.3.8. Zusammengefasst blieb B S H aufgrund der oben dargelegten Gegebenheiten wenig bis gar kein Raum für eine eigenständige, einem unternehmerischem Risiko unterworfene Tätigkeit eines selbständigen Essenszustellers. Die auszuliefernden Speisen wurden ihm in Warmhaltetaschen übergeben, bzw. hat der Beschwerdeführer diese selbst entsprechend der Bestellung vor der durchzuführenden Auslieferungsfahrt befüllt und hatte dieser für die Zustellung innerhalb des dem Kunden zugesagten Zeitraums zu sorgen und war somit 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.

IV.3.4. Bei der gegenständlichen Tätigkeit des Essenszustellers 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 Essenszustellers B S H in der P – Service GmbH im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes auszugehen.

IV.3.5. Arbeitskräfteüberlassung

IV.3.5.1. Die P – Service GmbH hat den Essenszusteller B S H an die P GmbH für die Durchführung von Essenszustellungen (unter anderem und vor allem zur Tatzeit) für die Filiale in der x, zu den im Vornhinein durch die P Service GmbH festgelegten Zeiten überlassen.

B S H hat im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung seine Arbeitsleistung im Betrieb der P GmbH erbracht und war organisatorisch in diesen Betrieb eingegliedert, da die arbeitsteiligen Arbeitsabläufe im Betrieb der P GmbH ineinander übergreifend ablaufen mussten (Auftragsannahme, Herstellung der Speisen, Befüllung der Warmhaltetaschen, Ausdrucken und Übergabe von Kartenlesegeräte bei Kartenzahlung vor Ort sowie anschließende unverzüglich Auslieferung der Speisen und Getränken zu den Kunden frei Haus durch den Essenszusteller und umgehende Rückkehr zur Durchführung weiterer Auslieferungen). Der Essenszusteller hatte diesbezüglich keine Möglichkeit, eigene unternehmerische Entscheidungen hinsichtlich seiner Aufgaben im arbeitsteiligen Arbeitsablauf zu treffen, sondern musste die ihm zugewiesenen Auslieferungsfahrten schnellstmöglich durchführen. Die Tätigkeit der Auslieferung der zubereiteten Speisen kann zudem für sich alleine betrachtet auch nicht als eigenständiges Werk qualifiziert werden.

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

IV.3.5.2. Für die Einhaltung der arbeitsmarktrechtlichen Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sind im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung sowohl der Überlasser (P – Service GmbH) als auch der Beschäftiger (P GmbH) verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Da hinsichtlich der Tätigkeit des irakischen Staatsangehörigen B S H als Essenszusteller zur Tatzeit im Restaurant „P“ in x, keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorlag, obwohl aufgrund dessen Staatsangehörigkeit 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 und hat dies die P GmbH als Beschäftiger des überlassenen B S H zu verantworten.

Gemäß § 9 Abs. 2 VStG ist im Falle der Bestellung eines verantwortlich Beauftragten dieser für den sachlich und/oder räumlich angegrenzten Bereich strafrechtlich verantwortlich.

Mangels Bestellung eines verantwortlich Beauftragten iSd § 9 Abs. 2 VStG trifft somit den Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P – Service GmbH als Dienstgeberin und Überlasserin die diesbezügliche verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung. Gemäß vom Beschwerdeführer unterfertigtem Formular, wurde dieser am 18. November 2016 zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 28a Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 2 und 3 VStG der P GmbH, FN 255102a, für den räumlichen Zuständigkeitsbereich Oberösterreich bestellt. Diese Bestellung wurde bislang nicht widerrufen, sodass sich daraus die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung des Beschwerdeführers für die Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in der von der P GmbH betriebenen Filiale in x, ergibt.

IV.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. Für jeden Arbeitgeber besteht zudem 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. Der Beschwerdeführer hat

im Rahmen seiner Einvernahme vielmehr bestätigt, dass er keine Erkundigung beim Arbeitsmarktservice angestellt hat, ob der verfahrensgegenständliche Sachverhalt unter die Bewilligungspflicht des Ausländerbeschäftigungsgesetzes fällt. Der Beschwerdeführer hat zudem ausgeführt, selbst für die Abwicklung der Personalangelegenheiten in der P GmbH verantwortlich zu sein und hat diesbezüglich kein im Unternehmen bestehendes Kontrollsystem dargelegt.

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

IV.5. Zur Strafbemessung:

IV.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.

IV.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 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.

IV.5.3. Hinsichtlich des Beschwerdeführers scheint keine verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz auf, sodass gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Schlusssatz AuslBG der erste Strafsatz mit einem gesetzlichen Strafrahmen von 1.000,00 Euro bis 10.000,00 Euro zur Anwendung kommt.

Dem Beschwerdeführer kommt zudem der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zugute. Weitere Milderungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, der geradezu typischen Verwirklichung der Verwaltungsübertretung durch den vorliegenden Sachverhalt sowie den vom Beschwerdeführer angegebenen Einkommensverhältnissen erscheint die Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von EUR 1.000,00 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.

Da es sich bei der von der belangten Behörde verhängten Geldstrafe ohnehin um die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe des § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Schlusssatz erster Strafsatz AuslBG handelt, kam eine Herabsetzung der Geldstrafe nicht in Betracht. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde im Verhältnis zur Geldstrafe festgesetzt.

IV.6. Zur Spruchkorrektur:

Da dem Beschwerdeführer in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 11. August 2020 die Tat unter Anführung des Tatortes „Restaurant P in x“ innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen wurde, konnte eine entsprechende Spruchergänzung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgenommen werden.

Nach der Rsp des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) geboten und zulässig, wenn es nicht zu einem „Austausch der Tat“ durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (sh VwGH 07.08.2018, Ra 2018/02/0139 mwN).

Die zum Tatzeitpunkt gültigen Fassungen der Bestimmungen des AuslBG waren lediglich zu ergänzen, ohne dass dies auf den der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalt berühren würde.

IV.7. Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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 Essenszustellern als Beschäftigung iSd Ausländerbeschäftigungsgesetze. 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

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. Haas