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-303119/5/GS

Datum:
Linz, 11. Juli 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde der C H-M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G S, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 20.09.2021, GZ: BHLL/921100040842/21, wegen einer Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.03.2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe abgewiesen, dass die verletzte Rechtsvorschrift auf „erster Strafsatz“ zu korrigieren ist.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe) 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.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 20.09.2021, GZ: BHLL/921100040842/21, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 und Z 1 lit. a zweiter Strafsatz iVm. § 3 Abs.1 Ausländerbeschäftigungsgesetz eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tagen und 9 Stunden verhängt. Außerdem wurden 100 Euro (= 10 % der Strafe) als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens) vorgeschrieben. Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„ 1.
Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als Außenvertretungsbefugte der x GmbH mit Sitz x, gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Dienstgeberin

den bosnischen Staatsangehörigen H H, geb. x,

zumindest am 12.4.2021 jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigt, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern 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“ besaß.

Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Amtes für Betrugsbekämpfung, Finanzpolizei Team 43, im Zuge einer Kontrolle am 12.4.2021 um 10:55 Uhr in x, Baustelle Neubau gegenüber dem Objekt Hausnummer x, sowie durch Abfragen im Hauptverband festgestellt.“

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, dass H H zu keinem Zeitpunkt in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden sei.

I.3. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als belangte Behörde hat die gegenständliche Beschwerde am 24.11.2021 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.03.2022, an welcher die Bf persönlich in Anwesenheit ihres Rechtsvertreters sowie ein Vertreter des Finanzamtes als Parteien teilgenommen haben.

II. Danach steht folgender Sachverhalt fest:

Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma x GmbH mit Sitz in x.

Am 12.04.2021 fand um 10:55 in x, x (Neubau gegenüber Nummer x) eine Arbeitnehmerkontrolle durch die Finanzpolizei statt. Auf dieser Baustelle war die Firma x GmbH für die Innenputzarbeiten beauftragt. Bei der Kontrolle wurden drei bosnische Staatsbürger bei Innenputzarbeiten betreten.
Zwei der kontrollierten Personen, nämlich M N, geb. x, sowie H M, geb. x, waren als Dienstnehmer der x GmbH gemeldet. Nermin Masic wurde am 23.02.2021 um 09:59:11 zur Sozialversicherung angemeldet. Es ergaben sich während des Beschwerdeverfahrens keine Anhaltspunkte dafür, dass N M seine Arbeit bereits davor angetreten hat.
Die dritte Person, H H, geb. x, gab im Personenblatt am Kontrolltag an, derzeit für die x. zu arbeiten. Weiters enthält das Personenblatt den Vermerk, dass H H laut seinen Angaben selbständig und Inhaber der tschechischen Firma x ist. Laut Auskunft des Regionalbüros des Südmährischen Gebiets, Verwaltungsabteilung und regionales Gewerbeamt, vom 06.05.2021 wurde die x nie gegründet.
Bei der Kontrolle konnten vom bosnischen Staatsangehörigen H H keine Unterlagen (va. Anmeldung zur Sozialversicherung, ZKO-Meldung und arbeitsmarktrechtliche Bewilligung) zu seiner Beschäftigung vorgelegt werden. H H ist der Cousin des Ehemannes der Bf. Niederschriftlich gab H H am Kontrolltag ua.an, dass er nur für die Firma der Bf arbeitet, für andere Firmen hat er noch nicht gearbeitet und es einen schriftlichen Vertrag mit der x Handels GmbH und ebenso Abrechnungen gibt. Weiters kommt das gesamte Werkzeug von dieser Firma. H H ist mit dem Firmenbus der Firma der Bf zur Baustelle gekommen und besitzt weder Führerschein noch Firmenauto.

Mit Mail vom 14. April 2021 wurden von der Bf Rechnungen des Mitarbeiters H H, ein Angebot der Firma x und die Bestätigung einer Firma x der Finanzpolizei übermittelt.

Das vorgelegte Angebot der Firma x betrifft „Bereitstellung 2020, Angebot-Nr.: 124_18“ und bietet nach den angeführten Konditionen Hilfspersonal an. Festgehalten ist darin ua. ein Normalstundensatz für H H von 22,00 €. Unter dem Titel „3. Angebotsgültigkeit“ ist festgehalten, dass das Angebot vom 01.01.2020 bis 31.12.2020 gültig ist. Die angeführten Verrechnungssätze verstehen sich netto, exkl. Mehrwertsteuer.

Aus den vorgelegten Rechnungen der Firma x kann kein Rückschluss auf eine Tätigkeit des H H gezogen werden. Es wurden Rechnungen für folgende Monate vorgelegt:

März 2020 bis Juli 2020, September 2020 und November 2020, sowie schlussendlich vor der Verhandlung am LVwG für die Zeiträume April bis Juni 2021 samt Einzahlungsbelegen (lediglich der Beleg zu Rechnung für Mai 21 fehlt).

Im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung teilte die Bf mit Mail vom 10. Mai 2021 der belangten Behörde ua. mit, dass H H von der Firma x zugekauft wird und sie mit der Anmeldung nichts zu tun hat. Herr H wird von der Firma der Bf angefordert und am Ende per Rechnung an die Firma x bezahlt.

Von der Bf wurde für H H keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung eingeholt.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung am LVwG.

Die Verantwortungen zur Tätigkeit des H H sind im Laufe des Verfahrens sehr unterschiedlich. Im Personenblatt am Kontrolltag gab H H an, Inhaber der tschechischen Firma x zu sein und als Selbständiger auf der gegenständlichen Baustelle zu arbeiten. Im Zuge der Ermittlungen stellte sich heraus, dass diese Firma nie gegründet wurde.
Von der Bf wurden in Bezug auf die Kontrollhandlung 2 Tage später kommentarlos Rechnungen der Firma x aus dem Jahr 2020 sowie das Angebot der Firma x übermittelt. Aus den Rechnungen können keine Rückschlüsse auf die gegenständliche Tätigkeit des H H gezogen werden. Trotz des Vermerks auf der Rechnung „Abrechnung der bestätigten Stunden lt. Anhang“ konnten von der Bf keine Stundenlisten vorgelegt werden. Den Rechnungen fehlt somit die klare schriftliche Beschreibung des Leistungsumfanges. Der Einwand, dass H Hasic von der Firma x International SE zugekauft werde, wurde obendrein erst im Zuge der Aufforderung zur Rechtfertigung erhoben. In dieser wurde von der Bf entgegen den Tatsachen behauptet, dass H H am Kontrolltag sämtliche benötigten Papiere mitgeführt habe. Der Bf wurde schlussendlich nochmals in der Verhandlung am LVwG die Gelegenheit geboten, binnen 2 Wochen weitere Dokumente im Hinblick auf die Firma x vorzulegen. Davon hat die Bf jedoch keinen Gebrauch gemacht. Daraus kann geschlossen werden, dass die Bf über keine weiteren Dokumente hinsichtlich der Arbeitstätigkeit des H H mehr verfügt. Bei tatsächlichem Vorliegen der eingewendeten Arbeitskräfteüberlassung wäre sie als inländische Beschäftigerin nach dem LSD-BG jedoch zur Bereithaltung vom Sozialversicherungsdokument A1, der ZKO-Meldung und den Lohnunterlagen (sh. dazu später rechtliche Beurteilung) verpflichtet gewesen.
In der Verhandlung brachte die Bf vor, dass Herr H H ihr dargelegt habe, dass er für die Firma x arbeite. Dies steht im diametralen Gegensatz zu den Angaben von H H im Personenblatt, in dem von dieser Firma gar nicht die Rede ist. Nach

allgemeiner Lebenserfahrung weiß eine Person in aller Regel, für welche Firma sie gerade arbeitet, da für eine Anstellung eine Unterschriftsleistung notwendig ist. Offenbar wurde von der Bf eine Abwicklung über die Firma Cash x gewählt, um sich rechtliche Vorteile (keine Abführung von Sozialversicherungsabgaben, keine Einholung diverser Genehmigungen,…) zu verschaffen. Untermauert wird dies auch dadurch, dass die Bf selbst in der Verhandlung trotz langer Vertragsbeziehung mit der Firma x keine Angaben über diese Firma machen konnte. Der Vertreter der Finanzpolizei legte außerdem in der Verhandlung dar, dass das Amt für Betrugsbekämpfung mit der Firma x Kontakt aufzunehmen versuchte, es jedoch nicht gelungen ist. Die Bf wendete in der Verhandlung lediglich ein, dass sie aufgrund der auf der Rechnung angeführten ATU-Nummer automatisch davon ausgegangen ist, dass alles passe. Bemerkt wird obendrein, dass die angegebene ATU-Nummer mittlerweile auf finanz.at als ungültig aufscheint. Außerdem ist die auf den Rechnungen angegebenen Internetadresse x nicht mehr abrufbar.
Zudem ist das von der Bf vorgelegte Angebot von der x International SE wie folgt zu würdigen:
Offensichtlich wurde das Angebot nicht auf einem offiziellen Geschäftspapier der International SE aufgesetzt. Es weist als Datum den 13.01.2020 aus. Unter dem Titel „3. Angebotsgültigkeit“ ist geregelt, dass das Angebot vom 01.01.2020 bis 31.12.2020 gültig ist. Augenscheinlich wurde damit eine rückwirkende Geltung vereinbart. Aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass der Titel „Angebotsgültigkeit“ im Kontext offensichtlich falsch gewählt wurde. Eine Angebotsgültigkeit, dh. die Frist zur Annahme des Anbots, von einem Jahr (01.01.2020 bis 31.12.2020) ist im allgemeinen Wirtschaftsleben unüblich und praxisfern. Aus dem geregelten Kontext (mit der Angebotsgültigkeit werden sogleich die Verrechnungsätze angesprochen) ist viel eher davon auszugehen, dass damit eigentlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Leistungszeitraum für den Personaleinsatz geregelt werden sollte – ganz entgegen der Verantwortung der Bf. Folgt man der Verantwortung der Bf, dass mit dieser Vereinbarung („Angebotsgültigkeit“) tatsächlich nur die Gültigkeit des Angebots geregelt werden sollte, ist es praxisfremd, dass dann keine Wertsicherung vereinbart wurde. In der wirtschaftlichen Praxis sind jährliche Verträge mit einem Fixstundensatz oder Dauerverträge mit Wertsicherungsklauseln üblich. Folgt man der aufgezeigten These der Bf, würde dem Vertrag jedoch der definierte Leistungszeitraum fehlen. Dies würde das Fehlen eines Essentialia negotii bedeuten, dh. es würde ein vertraglicher Mindestbestandteil fehlen, was Rechtsfolgen auf den gültigen Vertrag nach sich ziehen würde. Der aufgezeigten Auslegung des Angebots der Bf und dem Zustandekommen eines privatrechtlichen Vertrages widerspricht auch, dass H H aufgrund der Angaben und der vorgelegten Rechnungen für die Bf in den Jahren 2020 und 2021 nicht durchgehend im Arbeitseinsatz war. Folglich müsste es nach Auslegung der Bf zumindest einmal bereits Ende 2020 zu einer Kündigung des Vertrages gekommen sein bzw. ein

neuer Vertrag abgeschlossen worden sein. Beides wurde von der Bf nicht vorgebracht bzw. verneint.

All das sind keine Indizien für eine rechtmäßige Personalvermittlung, sondern deuten darauf hin, dass mit dem vorgelegten Angebot und seiner Auslegung die tatsächlichen Verhältnisse verschleiert werden sollten. Dieser Eindruck verstärkt sich durch die Tatsache, dass aus dem vorgelegten An(ge)bot nicht hervor geht, wann es von der Bf angenommen wurde. Es sind lediglich Stempel der x Handels GmbH und eine Unterschrift ohne Datumsangabe ersichtlich. Außerdem konnten die in Punkt 9. unter dem Titel „Verrechnung“ monatlich zu unterzeichnenden Stundenlisten von der Bf dem Gericht nicht vorgelegt werden.

Zu beachten ist obendrein, dass es sich beim betretenen Arbeiter H H noch dazu um den Cousin des Ehemannes der Bf handelt. In solch einer Verwandtschaftsbeziehung ist aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die handelnden Personen untereinander über ihre Arbeitsbeziehungen offen reden und über ihre Anstellungsverhältnisse Bescheid wissen.
Aus all den angeführten Gründen ist daher davon auszugehen, dass die eingewendete Personalbereitstellung über die tschechische Firma x von der Bf nur gewählt wurde, um einen rechtmäßigen Personaleinsatz des H H auf der gegenständlichen Baustelle vorzutäuschen.

Den Auftrag für die Innenputzarbeiten auf der gegenständlichen Baustelle hatte unstrittig die Firma der Bf. Laut den Bildern vom Kontrolltag und den Angaben der Bf in der Verhandlung haben die betretenen Arbeiter im Verbund in Arbeitskleidung gearbeitet. Dies unbestritten mit dem Werkzeug der x Handels GmbH. H H gelangte unbestritten auch mit den anderen Arbeitern mit dem Firmenbus der x Handels GmbH zur Baustelle. Laut Angaben im Personalblatt erhielt er die Arbeitsanweisungen von der x Handels GmbH. Nach den Angaben der Bf bezahlte die Bf für den Arbeitseinsatz von H H 22 Euro pro Stunde.

Die von der Bf bei der Befragung des H H eingewendeten etwaigen Sprachbarrieren werden als Schutzbehauptung gewertet. Zur Unterstützung als Dolmetscher wurde nachweislich sein Kollege N M eingesetzt. Das Personenblatt wurde H H mit bosnischer Übersetzung ausgehändigt.

IV. Rechtliche Erwägungen:

IV.1.1. IV.1. Nach § 2 Abs. 2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung
a) in einem Arbeitsverhältnis,
b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
...

Gemäß § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs.2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot-Karte“, „Blaue Karte EU“, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“), Aufenthaltsbewilligung „Familiengemeinschaft“ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)“ oder „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt, 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.

IV.1.2. Gemäß § 33 Abs. 1 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG, BGBl. 189/1955 idF. BGBl. I Nr. 44/2016, haben die Dienstgeber jede von ihnen beschäftigte, nach diesem Bundesgesetz in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden. Die An(Ab)meldung

durch den Dienstgeber wirkt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 35 Abs. 1 ASVG gilt als Dienstgeber im Sinn dieses Gesetzes derjenige, für dessen Rechnung jener Betrieb geführt wird, in dem der Dienstnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelspersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist. Dies gilt entsprechend auch für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 ASVG pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen. Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist als Dienstnehmer anzusehen, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gemäß § 111 Abs. 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs. 3 ASVG entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes die Meldungen oder Anzeigen nicht, oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet.

Gemäß § 111 Abs. 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 von der Bezirksverwaltungsbehörde als Verwaltungsübertretung zu bestrafen, und zwar
- mit Geldstrafe von 730 € bis zu 2.180 €, im Wiederholungsfall von 2.180 € bis zu 5.000 €,
- bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, sofern die Tat weder den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet noch nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Unbeschadet der §§ 20 und 21 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 kann die Bezirksverwaltungsbehörde bei erstmaligem ordnungswidrigen Handeln nach Abs. 1 die Geldstrafe bis auf 365 € herabsetzen, wenn das Verschulden geringfügig und die Folgen unbedeutend sind.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend. Ein Sachverhalt ist so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre (Abs. 3).

IV.2. Der Bf wird im angefochtenen Straferkenntnis eine Übertretung der Bestimmungen des AuslBG durch die Beschäftigung des bosnischen Staatsangehörigen H H ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorgeworfen.

IV.3.1. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 24.04.2014, Zl. 2012/08/0081, aus: „Dienstnehmer ist gemäß § 4 Abs. 2 ASVG wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer gemäß § 47 Abs. 1 iVm Abs. 2 EStG 1988 lohnsteuerpflichtig ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihren sinnfälligen Ausdruck im Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die nach dem Einzelfall für den Betrieb wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel findet, ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21.02.2001, Zl. 96/08/0028).
Ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jener persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist, hängt - im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Verständnis dieses Begriffspaares – davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder – wie bei anderen Formen einer Beschäftigung (z.B. aufgrund eines freien Dienstvertrages im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG) – nur beschränkt ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 10.12.1986, VwSlg. Nr. 12325/A). Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt.“ (vgl. so auch VwGH vom 20.03.2014, Zl. 2012/08/0024).

Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht (vgl. zum Folgenden die hg. Erkenntnisse vom 25.06.2013, Zl. 2013/08/0093, und vom 15.07.2013, Zl. 2013/08/0124). Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25.04.2007, VwSlg. 17185/A).“

„Die persönliche Arbeitspflicht fehlt andererseits auch dann, wenn einem Beschäftigten ein ‚sanktionsloses Ablehnungsrecht' zukommt, wenn er also die Leistung bereits übernommener Dienste jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos ablehnen kann. Der Empfänger der Dienstleistungen kann unter solchen Umständen nicht darauf bauen und entsprechend disponieren, dass dieser Beschäftigte an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit für Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zur Verfügung steht" (VwGH vom 24.04.2014, Zl. 2013/08/0258).

Dabei liegt sämtlicher Judikatur des VwGH zugrunde, dass „persönliche Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit" vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner ständigen Rechtsprechung, z.B. Erkenntnis vom 29.04.2015, 2013/08/0196, zur Frage, ob die Merkmale eines der Pflichtversicherung nach dem ASVG unterliegenden Dienstverhältnisses gegeben sind, ausgeführt, dass es nicht (primär) auf die vertragliche Vereinbarung bzw. auf die Bezeichnung des Vertrages ankommt, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit (vgl. § 539a Abs. 1 ASVG). Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zwar zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, d.h. es ist davon auszugehen, dass er den wahren Sachverhalt widerspiegelt. Soweit ein Vertrag von den tatsächlichen Gegebenheiten nicht abweicht, ist er als Teilelement der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung in diese einzubeziehen, weil er die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt. Weicht die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung aber vom Vertrag ab, ist nicht primär der Vertrag maßgebend, sondern dann sind die wahren Verhältnisse entscheidend, d.h. ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (mit weiteren Judikaturnachweisen). So hat der Verwaltungsgerichtshof z.B. in seinem Erkenntnis vom 28.01.2015, 2013/08/0048, hinsichtlich einer Verwendung für Reinigungsarbeiten, die in Bezug auf die Art der Arbeitsausführung und ihre Verwertbarkeit keinen ins Gewicht fallenden Gestaltungsspielraum erlauben und typischerweise den Inhalt eines Dienstverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bilden, in Ermangelung gegenläufiger Anhaltspunkte als der Meldepflicht nach dem ASVG unterworfener Beschäftigung bestätigt. Auch im Erkenntnis vom 24.04.2014, 2012/08/0177, bestätigt er, dass berechtigt von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn ausgegangen werden kann, wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen, d.h. arbeitend, unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen. Spricht also die Vermutung

für ein Dienstverhältnis, dann muss die Partei ein ausreichend substantiiertes Vorbringen erstatten, aus dem man anderes ableiten könnte.

IV.3.2. Der Beschwerdeführerin wird im gegenständlichen Straferkenntnis vorgeworfen, den bosnischen Staatsbürger H H in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ohne Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt zu haben. Im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, auf das Gesamtbild und den wahren wirtschaftlichen Gehalt der konkret ausgeübten Tätigkeit an.
Es ist gegenständlich von einem Dienstverhältnis auszugehen, weil im Verfahren keine Umstände hervorgetreten sind, die einer solchen Deutung entgegenstehen würden (VwGH 19.12.2012, 2012/08/0165). Nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ist die Beschwerdeführerin als handelsrechtliche Geschäftsführerin der x Handels GmbH als Dienstgeberin anzusehen, weil der Firma die Arbeitsleistungen des Ausländers zu Gute kamen. Es bestand eine persönliche Arbeitspflicht, da es der Bf gerade auf die Arbeitstätigkeit des H H ankam. Sie wollte genau den Arbeitseinsatz des H H vereinbaren (vgl. Angebot). Die Arbeitsleistungen wurden von H H wie von den eigenen Mitarbeitern N M und M H durchgeführt, es wurde keine Unterscheidung der Arbeit durchgeführt, es wurde vielmehr im Verbund gearbeitet. Es wurde der Ausländer in Arbeitskleidung bei Innenputztätigkeiten angetroffen, er verrichtete auf der Baustelle gleichartige Arbeiten wie die anderen betretenen Arbeiter und war in den Arbeitsablauf eingegliedert. Er benützte wie die anderen Arbeiter das Werkzeug der Firma x. Handels GmbH. H H fuhr gemeinsam mit den anderen Arbeitern mit dem Firmenbus der x. Handels GmbH zur Baustelle. Die Eigenständigkeit und Entscheidungsfreiheit ist daher sehr eingeschränkt bis nicht gegeben. Im Gesamtzusammenhang überwiegen daher die Elemente einer unselbständigen Tätigkeit. Der Ausländer ist daher in den Betrieb eingegliedert gewesen und ergab sich aufgrund der einfachen Tätigkeit auch eine stille Autorität. Als Entgelt zahlte die Bf für H H 22 Euro netto pro Stunde.

Von der Bf wurde eingewendet, dass H H von der tschechischen Firma x zugekauft worden wäre. Dieser Einwand läuft darauf hinaus, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde und die Firma der Bf als Beschäftigerin gelten würde. Dazu ist jedoch anzumerken, dass nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) der Beschäftigerin bestimmte Pflichten auferlegt sind, die von der Bf erwiesenermaßen nicht eingehalten wurden. Nach § 21 Abs. 3 LSD-BG hat der Beschäftiger für jede überlassene Arbeitskraft für die Dauer der Überlassung va. das Sozialversicherungsdokument oder ev. einen Antrag auf Ausstellung in deutscher Sprache und eine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle am Arbeits(Einsatz)-ost im Inland bereitzuhalten oder unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen. Ebenso hätte die Bf als inländische Beschäftigerin bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Pflicht zur Bereithaltung der

Lohnunterlagen (Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung) gemäß § 21 Abs. 2 LSD-BG getroffen. Wie aus den Sachverhaltsfeststellungen und der Beweiswürdigung hervorgeht, konnten von der Bf keine diesbezüglichen Unterlagen vorgelegt werden. Aus diesem Grund und den in der Beweiswürdigung ausführlich angeführten Gründen diente die von der Bf eingewendete Konstruktion des Personalzukaufs samt dem vorgelegten Angebot mit Rechnungen zur Verschleierung des tatsächlich vorliegenden Dienstverhältnisses zur Bf.

Aufgrund des wahren wirtschaftlichen Gehalts liegt zweifelsfrei eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit vor, weshalb von einem Beschäftigungsverhältnis gemäß § 4 ASVG zur Bf als Dienstgeberin auszugehen war.

IV.3.3. 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 handelsrechtliche Geschäftsführerin der x Handels GmbH hat die Beschuldigte die vorgeworfene Übertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

VI.3.4. 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 der Beschwerdeführerin gewesen, glaubhaft zu machen, dass sie an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf. Sie traf jedoch die Verpflichtung, sich mit den einschlägigen Normen ihres 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 die Beschwerdeführerin – 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 die Beschwerdeführerin entsprechende Rechtsauskünfte bei der zuständigen Behörde nicht vor. Es ist daher eine Entlastung der Beschwerdeführerin nicht gelungen.

IV.3.5.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).

Da bei der Bf keine einschlägige Vorstrafe angegeben ist, kommt der erste Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit a AuslBG zur Anwendung. Die belangte Behörde

hat somit die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. 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 von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und trat nicht hervor, sodass nicht von einer außerordentlichen Milderung Gebrauch zu machen war.

Da 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.

IV.4. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind 200 Euro, gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG aufzuerlegen.

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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Es handelt sich um eine Einzelfallbeurteilung.

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. Saxinger