

Ort, Datum:
Salzburg, 17.6.2020

Zahlen:

405-7/753/1/17-2020,
405-7/754/1/17-2020

Betreff:

AB AA, 5020 Salzburg;
Verfahren gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz - Beschwerden

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Mag. Walter Oberascher über die Beschwerden des AB AA, AD 78/Top 2, 5020 Salzburg, gegen die Straferkenntnisse des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg (belangte Behörde) vom 6.3.2019, Zahlen xx (zu Zahl 405-7/753) und yy (zu Zahl 405-7/754), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

z u R e c h t e r k a n n t :

- I. Gemäß §§ 38 und 50 VwGVG wird den Beschwerden dahingehend Folge gegeben, dass die mit dem Straferkenntnis zu Zahl xx verhängte Geldstrafe auf € 1.400 und die mit dem Straferkenntnis zu Zahl yy festgesetzte Geldstrafe auf € 2.250 (Ersatzfreiheitsstrafe auf 6 Tage) herabgesetzt werden. Im Übrigen werden die Beschwerden als unbegründet abgewiesen und die Straferkenntnisse mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch zu Zahl xx bei der Strafnorm anstatt des zweiten der erste Strafrahmen angeführt und im Spruch zu Zahl yy das Wort "Arbeitgeber" durch "Dienstgeber" ersetzt wird.
- II. Der gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG zu leistende Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens reduziert sich sohin in Bezug auf das Straferkenntnis zu Zahl xx auf € 140 und in Bezug auf das Straferkenntnis zu Zahl yy auf € 225. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG fallen für die Beschwerdeverfahren keine Kosten an.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 6.3.2019, Zahl xx, wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe als Arbeitgeber und Inhaber einer Gewerbeberechtigung zur Güterbeförderung mit Sitz in 5020 Salzburg, AD 78/2, zu verantworten, dass wie bei einer am 30.10.2018 durchgeführten Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Salzburg-Stadt, Finanzpolizei, in 5020 Salzburg, AS 70, festgestellt wurde, der indische Staatsangehörige AQ AP, geb. zz, zumindest am Kontrolltag, dem 30.10.2018, beschäftigt wurde, ohne dass eine Beschäftigungsbewilligung, eine Anzeigenbestätigung, eine "Rot-Weiß-Rot – Karte", eine "Blaue Karte EU", eine Aufenthaltsbewilligung "ICT" oder "mobile ICT", eine Aufenthaltsbewilligung "Familiengemeinschaft", eine "Niederlassungsbewilligung - Künstler", eine "Rot-Weiß-Rot – Karte plus", eine "Aufenthaltsberechtigung plus", ein Befreiungsschein, ein Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder ein "Daueraufenthalt - EU" vorgelegen ist. Dadurch habe er die Rechtsvorschrift des § 3 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Z 1 lit a Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG verletzt und wurde deshalb über ihn gemäß § 28 Abs 1 Z 1 zweiter Strafrahmen leg cit eine Verwaltungsstrafe in Höhe von € 3.000 (Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag und 6 Stunden) verhängt.

Mit dem Straferkenntnis zu Zahl yy bestrafte die belangte Behörde den Beschwerdeführer wiederum als Arbeitgeber, weil der oben angeführte indische Staatsangehörige zumindest am Kontrolltag, dem 30.10.2018, als in der Krankenversicherung pflichtversicherter Dienstnehmer beschäftigt wurde, ohne den Beschäftigten vor Arbeitsbeginn beim zuständigen Krankenversicherungsträger angemeldet zu haben. Dadurch habe er die Rechtsvorschrift des § 33 Abs 1 iVm § 111 Abs 1 Z 1 und Abs 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG verletzt und wurde deshalb über ihn gemäß § 111 Abs 1 Z 1 und Abs 2 zweiter Strafrahmen leg cit eine Verwaltungsstrafe in Höhe von € 2.500 (Ersatzfreiheitsstrafe 6 Tage und 6 Stunden) verhängt.

Dagegen brachte der Beschuldigte innerhalb offener Frist Beschwerden ein und beantragte, diesen Fall erneut anzusehen und die Bescheide zurückzuziehen. Als Begründung führte er aus, die Vorwürfe seien ihm ganz unverständlich, weil AQ AP kein Angestellter sondern selbständig sei und er ihn als Unternehmer jeden Monat ausbezahle. AP habe eine ATU/UID Nummer (ATUxxx) und eine Asylkarte; als Asylwerber dürfe er selbständig sein. Wäre er dazu nicht berechtigt, würde das Finanzamt keine ATU/UID Nummer ausstellen. Er sei auch in zwei bis drei Firmen tätig, was als Selbständiger erlaubt sei.

In diesen Angelegenheiten führte das Landesverwaltungsgericht Salzburg eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der der Beschuldigte sowie eine Vertreterin des Finanzamtes gehört und AQ AP unter Beiziehung eines Dolmetschers und das Kontrollorgan der Finanzpolizei, AU AV, zeugenschaftlich einvernommen wurden.

In der Schlussäußerung führte die Vertreterin des Finanzamtes aus, für die Beurteilung einer selbständigen Tätigkeit reiche das Vorliegen eines Gewerbescheines und einer Steuernummer nicht aus. Es sei der wahre wirtschaftliche Gehalt ausschlaggebend. Es überwiegen die Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit und könne daher nicht von einer Selbständigkeit ausgegangen werden, weshalb beantragt werde, die Beschwerden des Beschuldigten als unbegründet abzuweisen.

Der Beschuldigte brachte in seiner Schlussäußerung vor, er verstehe es nicht, AP mache die Erklärung und das Finanzamt sei trotzdem nicht damit einverstanden. Er beantrage daher, dass seinen Beschwerden Folge gegeben werde.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hierzu in einer gemäß § 2 VwGVG durch einen Einzelrichter zu treffenden Entscheidung Folgendes festgestellt und erwogen:

Der Beschuldigte betreibt das Gewerbe der Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 Kilogramm nicht übersteigt, mit Sitz in 5020 Salzburg, AD 78/2.

Bei einer Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Salzburg-Stadt, Finanzpolizei, in 5020 Salzburg, AS 70, wurde der indische Staatsangehörige AQ AP, geb. zz, beim Lenken eines auf ihn zugelassenen Kastenwagens angetroffen. Der Lastkraftwagen, mit dem AP im Auftrag des Beschuldigten Paketzustellungen durchführte, gehörte dem Beschuldigten, welchem AP dafür einen monatlichen Betrag von € 200 als Teilzahlung für den vereinbarten Kaufpreis bezahlte. Nach Abbezahlung des Fahrzeuges sollte dieses ins Eigentum des AP übergehen.

Die Aufträge für die Zustellfahrten erhielt AP jeweils am Vortag telefonisch vom Beschuldigten. Die Abrechnung erfolgte nach gefahrenen Kilometern, AP erhielt vom Beschuldigten pro Kilometer einen Betrag von € 0,43. Den Treibstoff für das Fahrzeug bezahlte der Beschuldigte, die restlichen Kosten (Reparaturkosten, Versicherung) beglich AP. Je nach Auftragslage fuhr AP, der ausschließlich für den Beschuldigten arbeitete, an ein bis drei Tagen pro Woche im Auftrag des Beschuldigten Pakete für die AZ GmbH aus. AP erfuhr einen Tag vor der Tätigkeit vom Beschuldigten, wohin er fahren musste. Die geleisteten Arbeitsstunden und die gefahrenen Kilometer teilte er dem Beschuldigten mit, er selbst machte keine Aufzeichnungen darüber. Die Rechnungslegung erfolgte dergestalt, dass der Beschuldigte aufgrund der bekanntgegebenen Kilometer eine Rechnung schrieb und AP diese nur unterzeichnete. Der jeweilige Betrag wurde auf das Konto des AP überwiesen, er erhielt monatlich einen Betrag von ca € 1.100 bis € 1.200. Eine Haftpflichtversicherung hatte AP nicht. Für allfällige Beschädigungen von Paketen haftete der Beschuldigte.

Nachdem AP nach der Kontrolle laut polizeilicher Anordnung mit dem Lastkraftwagen nicht mehr weiterfahren durfte, rief er den Beschuldigten an, welcher daraufhin die Abholung des Fahrzeuges organisierte und die im Laderaum befindliche Ladung übernahm.

AP stellte seit August 2016 im Auftrag des Beschuldigten Pakete zu und hatte zum Zeitpunkt der Kontrolle keine Steuernummer. Einige Zeit nach der Kontrolle erhielt er eine Steuernummer, bis zu diesem Zeitpunkt hatte er weder Steuern gezahlt noch Steuererklärungen abgegeben.

Zur verfahrensgegenständlichen Tätigkeit ist AP dadurch gekommen, dass er den ihm bekannten Beschuldigten gefragt hatte, ob dieser Arbeit für ihn hätte. Der Beschuldigte bejahte das und sagte, dass er für diese Arbeiten ein Auto benötige, welches er ihm zur Verfügung stelle und durch Teilzahlungen abbezahlen könne. Es gab lediglich eine Vereinbarung über die Ratenzahlungen und die Abgeltung der damit getätigten Fahrten mit einem Kilometergeld von € 0,43 pro Kilometer. In der Folge meldete AP das freie Gewerbe "Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen oder Kraftfahrzeugen mit Anhängern, deren höchstzulässiges Gesamtgewicht insgesamt 3.500 Kilogramm nicht übersteigt", an und war seit 3.8.2016 Inhaber einer Gewerbeberechtigung dafür. Der Standort der Gewerbeberechtigung befand sich ab 28.8.2018 in 5020 Salzburg, AD 78, wo AP eine Wohnung des Beschuldigten gemietet hatte.

Im Zuge der Kontrolle bezeichnete AP den Beschuldigten mehrmals als seinen "Chef". Auf dem bei der Kontrolle vorgelegten Lieferschein ("Runsheets Courier") der AZ GmbH scheint als Adressat der Beschuldigte auf; demnach wurden von diesem am Kontrolltag 34 Sendungen mit 53 Colli und einem Gesamtgewicht von 633 Kilogramm zur Zustellung übernommen.

Dieser Sachverhalt war aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen anzusehen und stützen sich die Feststellungen zum einen auf die im Akt der belangten Behörde enthaltenen und insofern unbedenklichen Unterlagen (Strafanträge der Finanzpolizei vom 7.1.2019 samt Kontrollblatt, Auszügen aus dem Gewerbeinformationssystem, Kopie "Runsheets Courier X-488678" der AZ GmbH), auf die Aussagen der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommenen und sehr glaubwürdigen Zeugin AU AV und zum Teil auf die Angaben des zeugenschaftlich einvernommenen AQ AP sowie des Beschuldigten.

In beweiswürdiger Hinsicht ist festzuhalten, dass den Angaben des AP, die dieser bei der Kontrolle unter Beiziehung einer Dolmetscherin seiner Muttersprache gemacht hat, der Vorzug gegenüber den relativierenden Ausführungen des Zeugen in der Beschwerdeverhandlung zu geben war. Bei der Kontrolle der Finanzpolizei am 30.10.2018 gab AP an, sein "Chef" AB AA sage ihm, wann er fahren müsse, er rufe ihn einen Tag vorher an und sage ihm, wohin er fahren müsse. Er fahre ca 300 bis 350 Kilometer am Tag und arbeite zehn Stunden pro Tag. Die Rechnungen schreibe dieser, er selbst müsse sie nur unterschreiben. Am Ende des Arbeitstages rufe er den Chef an und sage ihm, wie lange er gearbeitet habe. Selbst schreibe er seine Arbeitszeiten nicht mit. Wenn er krank würde, gäbe er AB AA Bescheid, er müsste selbst für Ersatz sorgen, was noch nie vorgekommen sei. Das Auto laufe offiziell auf seinen Namen, gehöre aber AA, der es bezahlt habe. Da-

für zahle er ihm monatlich € 200. Das Benzin zahle auch AA, weil er nicht so viel verdiene; müsste er auch noch selbst tanken, bliebe ihm nichts mehr. Die in der Niederschrift festgehaltenen Angaben wurden dem Befragten von der beigezogenen Dolmetscherin noch einmal übersetzt und wurde ihm die Möglichkeit eingeräumt, allfällige Änderungen oder Korrekturen zu verlangen. Die Niederschrift wurde von AP unterfertigt und eine Kopie an ihn ausgehändigt. Wenngleich der Zeuge bei der Befragung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung offensichtlich bemüht war, die Position des Beschuldigten zu stützen, bestätigte er dennoch im Wesentlichen die bei der Kontrolle gemachten Angaben, auch wenn er versuchte, diese zu relativieren. So gab er etwa in Bezug auf die Bezahlung der Treibstoffrechnungen durch den Beschuldigten in der Verhandlung an, diesem das Geld später zurückgezahlt zu haben. Die Angaben in der Verhandlung über die Rechnungslegung und die Erklärungen gegenüber dem Finanzamt durch den Steuerberater bezogen sich auf den Zeitraum nach der Kontrolle.

Zur Beweiswürdigung ist generell aus rechtlicher Sicht festzuhalten, dass es nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass die Erstangaben, die noch in näherem zeitlichen Zusammenhang mit dem relevanten Ereignis stehen, grundsätzlich glaubwürdiger sind, als ein späteres Vorbringen; dies auch dann, wenn ersteres belastend, letzteres hingegen entlastend sein sollte (zB VwGH vom 16.11.1988, 88/02/0145; 26.11.1992, 92/09/0186; vgl auch VwGH vom 14.10.1991, 91/10/0112; 25.6.1999, 99/02/0076).

Zum festgestellten Sachverhalt ist rechtlich Folgendes auszuführen:

Gemäß § 3 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG, BGBl Nr 218/1975 idF BGBl I Nr 56/2018, 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", Aufenthaltbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer ("ICT"), Aufenthaltbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer ("mobile ICT"), Aufenthaltbewilligung "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.

Nach der Bestimmung des § 2 Abs 2 AuslBG gilt als Beschäftigung vor allem die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis. Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung in diesem Sinne vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform maßgeblich (§ 2 Abs 4 leg cit).

Gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG begeht eine Verwaltungsübertretung, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Hand-

lung bildet, 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", Aufenthaltbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer ("ICT"), Aufenthaltbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer ("mobile ICT"), Aufenthaltbewilligung "Familiengemeinschaft" mit Zugang zum Arbeitsmarkt oder "Niederlassungsbewilligung – Künstler" oder keine "Rot-Weiß-Rot – Karte plus", keine "Aufenthaltsberechtigung plus", keinen Befreiungsschein oder einen Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder "Daueraufenthalt – EU" besitzt.

Wird ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist gemäß § 28 Abs 7 leg cit das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne Weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

Gemäß § 4 Abs 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl Nr 189/1995 idF BGBl I Nr 75/2016, ist Dienstnehmer in Sinne dieses Bundesgesetzes, wer im 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 § 33 Abs 1 ASVG, BGBl Nr 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 Personenversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.

Gemäß § 33 Abs 1a leg cit kann der Dienstgeber die Anmeldeverpflichtung so erfüllen, dass er in zwei Schritten meldet, und zwar

1. vor Arbeitsantritt die Dienstgeberkontonummer, die Namen und Versicherungsnummern bzw die Geburtsdaten der beschäftigten Personen sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme (Mindestangaben Anmeldung) und
2. die noch fehlenden Angaben innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung (vollständige Anmeldung).

Gemäß § 33 Abs 2 leg cit gilt Abs 1 für die nur in der Unfall- und Pensionsversicherung sowie für die nur in der Unfallversicherung nach § 7 Z 3 lit a Pflichtversicherten mit der Maßgabe, dass die Meldungen beim Träger der Krankenversicherung, der beim Bestehen

einer Krankenversicherung nach diesem Bundesgesetz für sie sachlich und örtlich zuständig wäre, zu erstatten sind.

Nach der Bestimmung des § 111 Abs 1 ASVG handelt ordnungswidrig, wer als Dienstgeber oder sonstige nach § 36 meldepflichtige Person (Stelle) oder nach § 42 Abs 1 auskunftspflichtige Person oder als bevollmächtigte Person nach § 35 Abs 3 entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

1. Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet oder
2. Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt oder
3. Auskünfte nicht oder falsch erteilt oder
4. gehörig ausgewiesene Bedienstete der Versicherungsträger während der Betriebszeiten nicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, einsehen lässt oder
5. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger einen Ausweis oder eine sonstige Unterlage zur Feststellung der Identität nicht vorzeigt oder
6. gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger die zur Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte nicht erteilt.

Gemäß Abs 2 dieser Strafnorm 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.

Die Versicherungsträger und die Abgabenbehörden des Bundes, deren Prüforgane Personen betreten haben, sind gemäß § 111 Abs 4 leg cit verpflichtet, alle ihnen auf Grund der Betretung zur Kenntnis gelangenden Ordnungswidrigkeiten nach Abs 1 bei der Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen.

Grundsätzlich ist die Frage, ob eine Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis vorliegt, demnach nicht nach der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes bzw des Vertragsverhältnisses, sondern nach dem wahren wirtschaftlichen Wert der ausgeübten Tätigkeit zu beurteilen. Das Vorliegen eines formellen Arbeitsvertrages ist nicht erforderlich, vielmehr kommt es auf den organisatorischen Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit, also auf das konkrete Gesamtbild der Tätigkeit an, die die Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leistet und ob diese Tätigkeit so beschaffen ist, dass die Person auf Grund der Art und Weise, in der der eine für den anderen tätig ist, trotz allenfalls fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, ihre Arbeitskraft anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen, und

daher als unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie der persönlich abhängige Arbeitnehmer anzusehen ist (vgl zB VwGH vom 22.10.2003, 2001/09/0135; 9.10.2006, 2005/09/0089).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist maßgebend für den Arbeitnehmerbegriff, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher bzw wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird, wobei das Tatbestandselement der Beschäftigung ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen ist. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist, ob diesem Mängel anhaften oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl zB VwGH vom 23.5.2002, 2000/09/0190, mwN; 24.3.2011, 2010/09/0219).

Für die Abgrenzung des Dienstvertrages von einem Werkvertrag kommt es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zB Erk vom 21.12.2005, 2004/08/0066) darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen – den Dienstgeber – verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall liegt ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein auf einem Vertrag beruhendes Beschäftigungsverhältnis in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit besteht, kommt dem Vertrag zunächst die Vermutung seiner Richtigkeit zu, dh 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 sind in diesem Fall die wahren Verhältnisse entscheidend, dh ob bei der tatsächlichen und nicht bloß vereinbarten Art der Beschäftigung die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl zB VwGH vom 13.8.2003, 2000/08/0166, mwN).

Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und daher persönliche Abhängigkeit im Sinne eines Arbeitsverhältnisses gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder (wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäfti-

gung) nur beschränkt ist. Für das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit sind als Ausdruck der weitgehenden Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch seine Beschäftigung nur seine Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene grundsätzlich persönliche Arbeitspflicht unterscheidungskräftige Kriterien zur Abgrenzung von anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung (vgl zB VwGH vom 20.2.2008, 2007/08/0053, mwN).

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale festgestellt sind, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art "beweglichem System", in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw überkompensiert werden kann (vgl zB VwGH vom 22.2.2006, 2002/09/0187; 24.3.2011, 2010/09/0219).

Die Faktoren, die für ein Arbeitsverhältnis sprechen, müssen nicht rein vorliegen, sondern es können deren Intensitätsgrade durchaus variieren, es muss jedoch eine bestimmte Abhängigkeitsschwelle in Bezug auf die persönliche und wirtschaftliche Unterordnung überschritten sein; es bedarf somit einer Gesamtwertung und Gesamtgewichtung (vgl dazu Binder, AVRAG² 2010 § 1 RZ4; Krejci in Rummel, ABGB I³ § 1151 Rz 32 ff; Spielbüchler, Individualarbeitsrecht⁴ 63ff; und die dort angegebene Judikatur).

In Bezug auf die Tätigkeit des indischen Staatsangehörigen AQ AP überwiegen ohne Zweifel die Merkmale, die für eine wirtschaftliche Unselbständigkeit sprechen. Im Wesentlichen war er auf bestimmte Zeit zur Dienstleistung für den Beschuldigten verpflichtet, dieser hatte die Verfügungsmacht über die Arbeitskraft des AP, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit. AP war in den Betrieb des Leistungsempfängers eingegliedert und in persönlicher und damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von diesem. Das Fahrzeug wurde vom Beschuldigten zur Verfügung gestellt und bezahlte dieser den Treibstoff für den Betrieb des für die Tätigkeit benötigten Lastkraftwagens. AP verfügte über keinerlei betrieblichen Strukturen, führte keine Aufzeichnungen über die Arbeitszeit und die gefahrenen Kilometer, die Rechnungen schrieb der Beschuldigte, der AP am Vortag informierte, welche Zustelltour er zu fahren habe, und der der einzige Auftraggeber des AP gewesen ist. Es war daher jedenfalls eine persönliche Abhängigkeit gegeben, die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich aus der Lohnabhängigkeit und war unbestritten eine Entgeltlichkeit der erbrachten Arbeitsleistungen ge-

geben. Es lag somit ein Vertragsverhältnis vor, deren Leistungsgegenstand und Ablaufgestaltung die persönlich fremdbestimmte Erbringung von Arbeit durch den Arbeitnehmer war, die Verwendung erfolgte in einem Abhängigkeitsverhältnis, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses bildet. Ob zivilrechtlich ein Dienstverhältnis zustande gekommen ist, ist dabei unerheblich (vgl zB VwGH vom 14.11.2002, 2000/09/0174). Im Übrigen ist dieses Arbeitsverhältnis dadurch zustande gekommen, dass AP den Beschuldigten gefragt hatte, ob dieser Arbeit für ihn habe, woraufhin diese Konstruktion der Tätigkeit für den Beschuldigten als Leistungsempfänger gewählt wurde. Es war daher von Anfang an die Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung des AP beabsichtigt.

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nicht zu ändern, dass der Beschäftigte Inhaber einer Gewerbeberechtigung gewesen ist, zumal nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der bloß formale Umstand, dass eine Person im Besitz einer Gewerbeberechtigung war, für die Beurteilung seiner sachverhältnismäßig festgestellten Tätigkeit dahingehend, ob eine (unselbstständige) Beschäftigung vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich ist (vgl zB VwGH vom 3.11.2004, 2001/18/0129; 24.3.2009, 2009/09/0039; 14.1.2010, 2009/09/0081, 2008/09/0175; 1.7.2010, 2010/09/0071 und 2008/09/0297; 20.6.2010, 2008/09/0333; 14.10.2011, 2009/09/0205). Dies gilt auch für den Umstand, dass der Beschäftigte aufgrund seiner Gewerbeberechtigung als Selbstständiger sozialversichert gewesen ist, weil hier lediglich entscheidungsrelevant ist, ob die gegenständlichen Leistungen im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses erbracht worden sind (zB VwGH vom 2.4.2008, 2007/08/0038; 14.12.2012, 2010/09/0221).

Es ist somit ohne Zweifel von einem Arbeits- bzw Dienstverhältnis auszugehen und das jeweilige gesetzliche Tatbild der dem Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen daher objektiv zweifellos erfüllt. Das Beschäftigungsausmaß lag jedenfalls über der zum Tatzeitpunkt geltenden Geringfügigkeitsgrenze.

Zum Verschulden ist Folgendes auszuführen:

Sowohl bei der Übertretung gemäß § 3 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG als auch bei den gegenständlichen Übertretungen der Bestimmungen des ASVG handelt es sich um sogenannte "Ungehorsamsdelikte", bei welchen gemäß § 5 Abs 1 VStG ein schuldhaftes (fahrlässiges) Verhalten des Täters ohne Weiteres anzunehmen ist, solange er nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl zB VwGH vom 10.3.1999, 97/09/0144; 1.4.2009, 2006/08/0152). Bestreitet er das Verschulden, so hat er nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzutun, was für seine Entlastung spricht, insbesondere, dass er solche Maßnahmen getroffen habe, welche unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten ließen. Ansonsten ist er selbst dann strafbar, wenn der Verstoß ohne sein Wissen und ohne seinen Willen begangen wurde (VwGH vom 6.5.1996, 94/10/0116, mwN).

Für Arbeit- bzw Dienstgeber besteht grundsätzlich die Verpflichtung, sich ua mit den gesetzlichen Vorschriften über die Ausländerbeschäftigung und die Anmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung laufend vertraut zu machen. Gegebenenfalls wäre er zur Einholung einer Auskunft bei geeigneter Stelle verpflichtet gewesen und kann er sich somit nicht auf Rechtsunkenntnis berufen (vgl zB VwGH vom 22.5.2013, 2013/03/0052). An Verschulden war daher jedenfalls grobe Fahrlässigkeit anzunehmen.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die verfahrensgegenständlich angelasteten Verwaltungsübertretungen ohne Zweifel als erwiesen anzusehen sind. Die Schuldsprüche der angefochtenen Straferkenntnisse sind daher zu Recht erfolgt, weshalb den Beschwerden diesbezüglich keine Folge zu geben war und diese mit der zulässigen, geringfügigen Korrektur zu bestätigen waren.

Zur Strafbemessung:

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. Gemäß Abs 2 leg cit 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 Verwaltungsstrafrechtes 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.

Nach der Bestimmung des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG begeht eine Verwaltungsübertretung, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer ohne arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von € 1.000 bis zu € 10.000, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von € 2.000 bis zu € 20.000.

Als nachteilige Folgen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften sind insbesondere die Gefahr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben sowie Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit, Beschäftigung zu ungesetzlichen Bedingungen) und die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung anzusehen (vgl zB VwGH vom 19.9.2001, 99/09/0264). Die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte entgegen den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes konterkariert darüber hinaus die Bemühungen zur Ordnung des heimischen Arbeitsmarktes. Der Unrechtsgehalt der Tat ist daher erheblich.

Im gegenständlichen Fall gelangte im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung der zweite Strafrahmen zur Anwendung, von der Behörde wurde somit eine Geldstrafe in der Höhe von 15 Prozent der gesetzlichen Höchststrafe verhängt. Nachdem in der Zwischenzeit die einschlägigen Vormerkungen aus 2014 und 2015 getilgt sind, hat das erkennende Gericht den ersten Strafrahmen anzuwenden.

Gemäß § 111 Abs 2 ASVG ist die Ordnungswidrigkeit nach Abs 1 dieser Bestimmung 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. Wegen einer ungetilgten einschlägigen Vorstrafe wegen einer Übertretung gemäß § 33 Abs 1 iVm § 111 Abs 1 und 2 ASVG aus dem Jahre 2017 gelangte hier der zweite Strafrahmen zur Anwendung.

Die gesetzliche Verpflichtung zur Anmeldung von Dienstnehmern schon vor Beginn der Arbeitsleistung soll sicherstellen, dass eine das österreichische Sozialversicherungssystem aushöhlende Schwarzarbeit leichter erkennbar und diese damit erschwert wird. Der zu beurteilenden Übertretung des ASVG war sohin ebenfalls ein beträchtlicher Unrechtsgehalt beizumessen.

Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit liegt nicht vor, zu berücksichtigen war die Dauer des Verfahrens. Andere strafmildernde Umstände oder besondere Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit der §§ 20 und 45 Abs 1 Z 4 VStG haben sich nicht ergeben, es wurden keine Umstände vorgebracht, die ein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe oder ein bloß geringes Verschulden in Verbindung mit einer nur unbedeutenden Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes indiziert hätten.

Zu seinen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen gab der Beschuldigte an, einen Betrag von € 1.600 bis € 1.700 pro Monat ins Verdienen zu bringen, eine Eigentumswohnung zu besitzen und sorgepflichtig für drei Kinder zu sein.

Nachdem vom Gericht nunmehr hinsichtlich der Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes der erste Strafrahmen anzuwenden war und unter Berücksichtigung der oben angeführten Umstände, erschien es geboten, die von der belangten Behörde verhängten Strafen im spruchgemäßen Umfang herabzusetzen.

Unter Berücksichtigung der angeführten Kriterien entsprechen die nunmehr festgesetzten Geldstrafen den Strafbemessungskriterien des § 19 VStG. Diese erscheinen aus spezialpräventiven Gründen jedenfalls erforderlich, um dem Beschuldigten das Unrecht der Taten vor Augen zu führen und ihn in Zukunft von weiteren ähnlichen Übertretungen abzuhalten. Die Strafhöhen erscheinen auch aus generalpräventiven Gründen notwendig, um

zukünftig derartige Verwaltungsübertretungen wirksam zurückzudrängen. Die Ersatzfreiheitsstrafen stehen in einem angemessenen Verhältnis zu den verhängten Geldstrafen.

Da der Kostenbeitrag für das behördliche Verfahren gemäß § 64 Abs 2 VStG mit zehn Prozent der verhängten Strafe zu bemessen ist, waren aliquot zur Herabsetzung der Geldstrafen die Verfahrenskosten zu reduzieren. Weil den Beschwerden teilweise Folge gegeben wurde, waren dem Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs 8 VwGVG keine Kosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren aufzuerlegen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Verwaltungsgericht hatte - bezogen auf den Einzelfall - zu beurteilen, ob der angefochtene Bescheid materiell- und verfahrensrechtlich rechtmäßig war. Mit seiner Entscheidung weicht das Gericht weder von der dargestellten bisherigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Die zu den maßgebenden Bestimmungen vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist im Übrigen nicht als uneinheitlich zu beurteilen und liegen auch keine sonstigen Hinweise für eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.