

TE Vwgh Erkenntnis 2013/2/15 2012/09/0046

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.02.2013

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

60/02 Arbeitnehmerschutz;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

ABGB §1165;

AÜG §3 Abs1;

AÜG §3 Abs2;

AÜG §3 Abs3;

AÜG §4 Abs2 Z1;

AÜG §4 Abs2 Z2;

AÜG §4 Abs2 Z3;

AÜG §4 Abs2 Z4;

AuslBG §2 Abs2 lite;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;

AuslBG §3 Abs1;

1. ABGB § 1165 heute

2. ABGB § 1165 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBI. Nr. 69/1916

1. AÜG § 3 heute

2. AÜG § 3 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 3 heute

2. AÜG § 3 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 3 heute

2. AÜG § 3 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 4 heute

2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 4 heute

2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 4 heute

2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

1. AÜG § 4 heute

2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

1. AuslBG § 2 heute

2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025

3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 28 heute

2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026

3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

1. AuslBG § 3 heute

2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026

3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013

8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde der Bundesministerin für Finanzen in 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 2b, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 19. Jänner 2012, Zl. UVS- 07/AV/40/12384/2011-15, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach dem AuslBG (weitere Partei:

Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz; mitbeteiligte Partei: S K in W, vertreten durch Dr. Alois Eichinger, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Rochusgasse 2/12), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Mitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 16. Bezirk, vom 16. Juni 2011 wurde der Mitbeteiligte schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der I-GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin an einer näher bezeichneten Adresse in der M-gasse in Wien 16 namentlich angeführte bosnische und einen serbischen Staatsangehörigen über näher bestimmte Zeiträume im ersten Halbjahr 2010 mit "verschiedenen Bauarbeiten" beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien; er habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verletzt. Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 16. Bezirk, vom 16. Juni 2011 wurde der Mitbeteiligte schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ der I-GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin an einer näher bezeichneten Adresse in der M-gasse in Wien 16 namentlich angeführte bosnische und einen serbischen Staatsangehörigen über näher bestimmte Zeiträume im ersten Halbjahr 2010 mit "verschiedenen Bauarbeiten" beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien; er habe dadurch Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, in Verbindung mit , Paragraph 3, Absatz eins, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verletzt.

Der gegen diesen Bescheid vom Mitbeteiligten erhobenen Berufung gab die belangte Behörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG Folge, hob das Straferkenntnis auf und stellte das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein. Der gegen diesen Bescheid vom Mitbeteiligten erhobenen Berufung gab die belangte Behörde gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG Folge, hob das Straferkenntnis auf und stellte das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG ein.

In ihrer Bescheidbegründung führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges und Wiedergabe der Aussagen der in der Berufungsverhandlung einvernommenen Personen Folgendes aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Die Aufforderung zur Rechtfertigung und das Straferkenntnis lassen unzweifelhaft erkennen, dass die Erstbehörde

dem (Mitbeteiligten) die Beschäftigung der im Spruch namentlich angeführten Ausländer entgegen den §§ 3 und 28 Absatz 1 Ziffer 1 lit a AuslBG zur Last gelegt hat und - wenn auch ohne nähere Ausführungen - davon ausgeht, dass die seitens der (I-)GmbH (künftig GmbH) 'beschäftigten' Ausländer von der (V-)SRL (künftig (V)) im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung gestellt wurden."Die Aufforderung zur Rechtfertigung und das Straferkenntnis lassen unzweifelhaft erkennen, dass die Erstbehörde dem (Mitbeteiligten) die Beschäftigung der im Spruch namentlich angeführten Ausländer entgegen den Paragraphen 3, und 28 Absatz 1 Ziffer 1 Litera a, AuslBG zur Last gelegt hat und - wenn auch ohne nähere Ausführungen - davon ausgeht, dass die seitens der (I-)GmbH (künftig GmbH) 'beschäftigten' Ausländer von der (V-)SRL (künftig (römisch fünf)) im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung zur Verfügung gestellt wurden.

In der Berufung wird ein Beschäftigungsverhältnis bestritten und auf einen Werkvertrag hingewiesen. Nähere Ausführungen können der Berufung nicht entnommen werden. Die Aufforderung des UVS, näher bezeichnete Dokumente vorzulegen, kam der (Mitbeteiligte) nicht nach. Auch der Berufungsverhandlung blieb er unentschuldig fern. Die nachfolgenden Feststellungen wurden amtswegig und insbesondere auf der Grundlage der bei der Baustellenkontrolle angefertigten Dokumente, der als glaubhaft eingestuften Angaben der in der Berufungsverhandlung vernommenen Zeugen und der von dem als glaubwürdig beurteilten Zeugen (T) vorgelegten Dokumente getroffen:

Am 23.6.2010 fand in Wien (M-gasse) eine Kontrolle der dortigen Baustelle durch Organe des Finanzamtes statt. Angetroffen wurden Herr (D), Bauleiter der(I-)GmbH, sowie 17 Ausländer, die sich über Aufforderung zur Überprüfung ihrer Papiere im Baubüro einfanden. Den Kontrollorganen wurde ein undatiertes 'Auftragsschreiben' in Kopie übergeben, aus dem sich entnehmen lässt, dass die GmbH der (V) Baumeisterarbeiten für das Projekt (Mgasse) überträgt. Im Vertrag wird eine Pauschalauftragssumme von 4 Millionen Euro ausgewiesen. Die im Vertrag aufgelisteten Anlagen (Pläne, Gutachten, etc) wurden bei der Kontrolle nicht vorgelegt und vom Finanzamt nicht eingefordert. Die auf der Baustelle anwesenden Ausländer wiesen sich mit Reisepässen und italienischen Aufenthalts- und Arbeitsberechtigungen (zumeist zur unselbständigen, zum Teil aber auch zur selbständigen Arbeitsausübung) aus. Zudem konnten bis auf 2 Personen alle das Formular E 101 vorweisen. Bis auf einen Arbeiter (der aus Serbien stammte) waren alle bosnischer Herkunft. Außer Herrn (D) waren keine Arbeiter der GmbH auf der Baustelle tätig. Diese Feststellungen gründen auf den im Erstakt einliegenden Kopien der angeführten Dokumente und auf den Aussagen der Kontrollorgane (B) und (E).Am 23.6.2010 fand in Wien (M-gasse) eine Kontrolle der dortigen Baustelle durch Organe des Finanzamtes statt. Angetroffen wurden Herr (D), Bauleiter der(I-)GmbH, sowie 17 Ausländer, die sich über Aufforderung zur Überprüfung ihrer Papiere im Baubüro einfanden. Den Kontrollorganen wurde ein undatiertes 'Auftragsschreiben' in Kopie übergeben, aus dem sich entnehmen lässt, dass die GmbH der (römisch fünf) Baumeisterarbeiten für das Projekt (Mgasse) überträgt. Im Vertrag wird eine Pauschalauftragssumme von 4 Millionen Euro ausgewiesen. Die im Vertrag aufgelisteten Anlagen (Pläne, Gutachten, etc) wurden bei der Kontrolle nicht vorgelegt und vom Finanzamt nicht eingefordert. Die auf der Baustelle anwesenden Ausländer wiesen sich mit Reisepässen und italienischen Aufenthalts- und Arbeitsberechtigungen (zumeist zur unselbständigen, zum Teil aber auch zur selbständigen Arbeitsausübung) aus. Zudem konnten bis auf 2 Personen alle das Formular E 101 vorweisen. Bis auf einen Arbeiter (der aus Serbien stammte) waren alle bosnischer Herkunft. Außer Herrn (D) waren keine Arbeiter der GmbH auf der Baustelle tätig. Diese Feststellungen gründen auf den im Erstakt einliegenden Kopien der angeführten Dokumente und auf den Aussagen der Kontrollorgane (B) und (E).

Die Firma (V) hat ihren Sitz in Padua/Italien und wurde zur relevanten Zeit von Herrn (S) geleitet. Formelle Geschäftsführerin in Italien war dessen Ehegattin. Herr (S) erhielt den Auftrag für die (M-)gasse offenbar von Herrn (I), dem de facto Machthaber der GmbH. Die Arbeiter wurden von Herrn (S) in Italien angestellt und nach Wien auf die Baustelle gebracht. Die bosnischen Arbeiter haben zuvor schon in Italien für Herrn (S) oder für andere Firmen gearbeitet. Die Mehrzahl der Arbeiter dürfte ihren Wohnsitz in Italien gehabt haben. Während der mehrmonatigen Arbeiten in Wien nahmen die Arbeiter in den von der GmbH zur Verfügung gestellten Wohnungen Unterkunft. Bezahlt wurden die Arbeiter von der (V). Die konkreten Arbeitsanweisungen traf Herr (S). Dieser war der unmittelbare Vorgesetzte der Arbeiter. Der Bauleiter, Herr (D), hielt mit Herrn (S) regelmäßige Baubesprechungen ab und gab die Ziele vor. Die Umsetzung erfolgte ausschließlich durch Herrn (S) und seinen Arbeitern. Der einzige für den Verwaltungssenat zur Verfügung stehende Arbeiter, Herr (T), legte einen Arbeitsvertrag mit der (V) vor und belegte seine Arbeitsberechtigung für Italien. Die in diesem Absatz getroffenen Feststellungen basieren in erster Linie auf den

nachvollziehbaren und glaubhaften Aussagen des Herrn (T). Dieser hält sich noch in Österreich auf und führt einen von der Arbeiterkammer unterstützten Prozess gegen die (V), weil diese mehrere Monatsgehälter nicht ausbezahlt haben soll. Es sind keine Umstände hervorgekommen, wonach der Zeuge (T) Grund zur Entlastung (des Mitbeteiligten) hätte. Der ebenfalls als glaubwürdig eingestufte Zeuge (D), der nicht mehr bei der GmbH beschäftigt ist, bestätigte die Angaben des Herrn (T) und gab seinerseits an, dass die Arbeiten ausschließlich von der (V) vorgenommen wurden und die konkreten Arbeitsanweisungen dazu von Herrn (S), als Chef der (V), gekommen sind. Auf Basis der Angaben von Herrn (D) werden folgende Sachverhaltselemente als wahr angenommen: Der Bauauftrag wurde pauschal von der GmbH an die V) weitergereicht. Auftraggeber der GmbH war die Firma (C). Herr (D) war für die Bauaufsicht, die Materialbestellung, die Qualitätskontrolle und die Leistungsabnahme zuständig. Das Material wurde von der GmbH in Österreich angekauft und wurde die Einkaufssumme der (V) vom Pauschalgebetrag abgezogen. Auch der von der GmbH bei einer österreichischen Firma angemietete Kran wurde der (V) in Rechnung gestellt. Dieser Weg wurde vor allem deshalb gewählt, weil die (V) in Österreich keine Wirtschaftskontakte hatte. Das Gerüst stammt von der (V). Herr (D) spricht bosnisch und war der Verbindungsmann zwischen (V) und GmbH. Die von der (V) gelegten Teilrechnungen an die GmbH wurden von Herrn (D) auf deren inhaltliche Richtigkeit geprüft. Die Firma (römisch fünf) hat ihren Sitz in Padua/Italien und wurde zur relevanten Zeit von Herrn (S) geleitet. Formelle Geschäftsführerin in Italien war dessen Ehegattin. Herr (S) erhielt den Auftrag für die (M-)gasse offenbar von Herrn (römisch eins), dem de facto Machthaber der GmbH. Die Arbeiter wurden von Herrn (S) in Italien angestellt und nach Wien auf die Baustelle gebracht. Die bosnischen Arbeiter haben zuvor schon in Italien für Herrn (S) oder für andere Firmen gearbeitet. Die Mehrzahl der Arbeiter dürfte ihren Wohnsitz in Italien gehabt haben. Während der mehrmonatigen Arbeiten in Wien nahmen die Arbeiter in den von der GmbH zur Verfügung gestellten Wohnungen Unterkunft. Bezahlte wurden die Arbeiter von der (römisch fünf). Die konkreten Arbeitsanweisungen traf Herr (S). Dieser war der unmittelbare Vorgesetzte der Arbeiter. Der Bauleiter, Herr (D), hielt mit Herrn (S) regelmäßige Baubesprechungen ab und gab die Ziele vor. Die Umsetzung erfolgte ausschließlich durch Herrn (S) und seinen Arbeitern. Der einzige für den Verwaltungssenat zur Verfügung stehende Arbeiter, Herr (T), legte einen Arbeitsvertrag mit der (römisch fünf) vor und belegte seine Arbeitsberechtigung für Italien. Die in diesem Absatz getroffenen Feststellungen basieren in erster Linie auf den nachvollziehbaren und glaubhaften Aussagen des Herrn (T). Dieser hält sich noch in Österreich auf und führt einen von der Arbeiterkammer unterstützten Prozess gegen die (römisch fünf), weil diese mehrere Monatsgehälter nicht ausbezahlt haben soll. Es sind keine Umstände hervorgekommen, wonach der Zeuge (T) Grund zur Entlastung (des Mitbeteiligten) hätte. Der ebenfalls als glaubwürdig eingestufte Zeuge (D), der nicht mehr bei der GmbH beschäftigt ist, bestätigte die Angaben des Herrn (T) und gab seinerseits an, dass die Arbeiten ausschließlich von der (römisch fünf) vorgenommen wurden und die konkreten Arbeitsanweisungen dazu von Herrn (S), als Chef der (römisch fünf), gekommen sind. Auf Basis der Angaben von Herrn (D) werden folgende Sachverhaltselemente als wahr angenommen: Der Bauauftrag wurde pauschal von der GmbH an die römisch fünf) weitergereicht. Auftraggeber der GmbH war die Firma (C). Herr (D) war für die Bauaufsicht, die Materialbestellung, die Qualitätskontrolle und die Leistungsabnahme zuständig. Das Material wurde von der GmbH in Österreich angekauft und wurde die Einkaufssumme der (römisch fünf) vom Pauschalgebetrag abgezogen. Auch der von der GmbH bei einer österreichischen Firma angemietete Kran wurde der (römisch fünf) in Rechnung gestellt. Dieser Weg wurde vor allem deshalb gewählt, weil die (römisch fünf) in Österreich keine Wirtschaftskontakte hatte. Das Gerüst stammt von der (römisch fünf). Herr (D) spricht bosnisch und war der Verbindungsmann zwischen (römisch fünf) und GmbH. Die von der (römisch fünf) gelegten Teilrechnungen an die GmbH wurden von Herrn (D) auf deren inhaltliche Richtigkeit geprüft.

Nach den Ermittlungen des Finanzamtes erfolgte an die österreichische Zentralstelle keine Meldung über eine Entsendung von Arbeitern der (V) aus Italien nach Österreich. Die 17 Arbeiter verfügten über keinen österreichischen Arbeitstitel und waren auch nicht in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet." Nach den Ermittlungen des Finanzamtes erfolgte an die österreichische Zentralstelle keine Meldung über eine Entsendung von Arbeitern der (römisch fünf) aus Italien nach Österreich. Die 17 Arbeiter verfügten über keinen österreichischen Arbeitstitel und waren auch nicht in Österreich zur Sozialversicherung angemeldet."

In rechtlicher Hinsicht setzte die belangte Behörde im Wesentlichen fort:

"Durch die Tatbildbeschreibung im Spruch des Straferkenntnisses ist die Sache des Berufungsverfahrens bestimmt. Da die Verfolgungsverjährungsfrist schon abgelaufen ist, kam ein Austausch der Tatbeschreibung und damit der Anlastung nicht in Frage. Der Verwaltungssenat hatte daher zu prüfen, ob die Annahmen der Erstbehörde zutreffen,

wobei der Senat an die Begründung des Magistrates nicht gebunden ist.

Wie bereits einleitend ausgeführt, ist Sache der Berufungsverfahren der Vorwurf der unrechtmäßigen Ausländerbeschäftigung gemäß § 3 in Verbindung mit § 28 Absatz 1 Ziffer 1 lit a AuslBG. ...Wie bereits einleitend ausgeführt, ist Sache der Berufungsverfahren der Vorwurf der unrechtmäßigen Ausländerbeschäftigung gemäß Paragraph 3, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz 1 Ziffer 1 Litera a, AuslBG. ...

Läge die vom Finanzamt im Strafantrag formulierte Arbeitskräfteüberlassung von der (V) an die GmbH vor, wäre die GmbH als Beschäftigerin der 17 Ausländer anzusehen (vgl § 2 Absatz 2 lit e AuslBG, wonach als Beschäftigung die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Absatz 4 AÜG gilt).Läge die vom Finanzamt im Strafantrag formulierte Arbeitskräfteüberlassung von der (römisch fünf) an die GmbH vor, wäre die GmbH als Beschäftigerin der 17 Ausländer anzusehen vergleiche , Paragraph 2, Absatz 2 Litera e, AuslBG, wonach als Beschäftigung die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Paragraph 3, Absatz 4 AÜG gilt).

...

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt, ist nach § 2 Absatz 4 erster Satz AuslBG und für die Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist nach § 4 Absatz 1 erster Satz AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich. Aufgrund dieser Bestimmungen ist der Maßstab für die rechtliche Prüfung nicht der schriftliche Vertrag sondern die tatsächliche Praxis.Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt, ist nach Paragraph 2, Absatz 4 erster Satz AuslBG und für die Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist nach Paragraph 4, Absatz 1 erster Satz AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich. Aufgrund dieser Bestimmungen ist der Maßstab für die rechtliche Prüfung nicht der schriftliche Vertrag sondern die tatsächliche Praxis.

Nach den getroffenen Feststellungen wurden die Arbeiter nicht von der GmbH direkt entlohnt und standen zu dieser weder in einem Arbeitsverhältnis im Sinne des § 2 Absatz 2 lit a AuslBG, noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nach § 2 Absatz 2 lit b leg. cit und auch nicht in einem Ausbildungsverhältnis, Voluntarat, Ferial- oder Berufspraktikum nach § 2 Absatz 2 lit c AuslBG. Zu prüfen blieb, ob eine Entsendung nach § 18 AuslBG oder eine Arbeitskräfteüberlassung nach § 3 Absatz 4 AÜG vorliegt. Eine konkrete Zuordnung zu einer dieser Normen ist für die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles aber notwendig, da daran unterschiedliche rechtliche Konsequenzen gebunden sind. Die Erstbehörde ist im Straferkenntnis von einer Beschäftigung durch die GmbH in Form der Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen.Nach den getroffenen Feststellungen wurden die Arbeiter nicht von der GmbH direkt entlohnt und standen zu dieser weder in einem Arbeitsverhältnis im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2 Litera a, AuslBG, noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nach Paragraph 2, Absatz 2 Litera b, leg. cit und auch nicht in einem Ausbildungsverhältnis, Voluntarat, Ferial- oder Berufspraktikum nach Paragraph 2, Absatz 2 Litera c, AuslBG. Zu prüfen blieb, ob eine Entsendung nach Paragraph 18, AuslBG oder eine Arbeitskräfteüberlassung nach Paragraph 3, Absatz 4 AÜG vorliegt. Eine konkrete Zuordnung zu einer dieser Normen ist für die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles aber notwendig, da daran unterschiedliche rechtliche Konsequenzen gebunden sind. Die Erstbehörde ist im Straferkenntnis von einer Beschäftigung durch die GmbH in Form der Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen.

§ 18 AuslBG regelt die Beschäftigung von betriebsentsandten Ausländern. Als solche gelten Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden. Die Absätze 1 bis 11 leg. cit regeln die Entsendung aus Unternehmen, denen das Recht auf Dienstleistungsfreiheit nach Art 49 EGV nicht zukommt. Die Entsendung von Dienstnehmern von Unternehmen, denen nach Art 49 EGV das Recht auf Dienstleistungsfreiheit zusteht, wird in § 18 Absatz 12 AuslBG geregelt. Stellt sich die Beschäftigung im Inland als Arbeitskräfteüberlassung an einen Arbeitgeber mit Sitz im Inland heraus, ist § 18 nicht anwendbar, sondern gilt § 2 Absatz 2 lit e AuslBG und wäre die GmbH als Arbeitgeber anzusehen. Paragraph 18, AuslBG regelt die Beschäftigung von betriebsentsandten Ausländern. Als solche gelten Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden. Die Absätze 1 bis 11 leg. cit regeln die Entsendung aus Unternehmen, denen das Recht auf Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 49, EGV nicht zukommt. Die Entsendung von Dienstnehmern von Unternehmen, denen nach Artikel 49, EGV das Recht auf Dienstleistungsfreiheit

zusteht, wird in Paragraph 18, Absatz 12 AuslBG geregelt. Stellt sich die Beschäftigung im Inland als Arbeitskräfteüberlassung an einen Arbeitgeber mit Sitz im Inland heraus, ist Paragraph 18, nicht anwendbar, sondern gilt Paragraph 2, Absatz 2 Litera e, AuslBG und wäre die GmbH als Arbeitgeber anzusehen.

Die Bestimmung des § 18 AuslBG, welche die Überschrift 'Betriebsentsandte Ausländer' trägt, soll die unter diesem Begriff zusammengefasste Sonderform der Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet regeln. Charakteristisch für diese Art der Beschäftigung ist, dass es sich um solche Ausländer handelt, deren Arbeitgeber im Bundesgebiet keinen Betriebssitz und auch sonst keinen inländischen Anknüpfungspunkt aufzuweisen vermag. Es besteht im Regelfall kein direktes rechtliches Verhältnis zwischen dem im Bundesgebiet beschäftigten Ausländer und jener Person, die den Ausländer verwendet (VwGH vom 7.9.2004, 2001/09/0115). Die Bestimmung des Paragraph 18, AuslBG, welche die Überschrift 'Betriebsentsandte Ausländer' trägt, soll die unter diesem Begriff zusammengefasste Sonderform der Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet regeln. Charakteristisch für diese Art der Beschäftigung ist, dass es sich um solche Ausländer handelt, deren Arbeitgeber im Bundesgebiet keinen Betriebssitz und auch sonst keinen inländischen Anknüpfungspunkt aufzuweisen vermag. Es besteht im Regelfall kein direktes rechtliches Verhältnis zwischen dem im Bundesgebiet beschäftigten Ausländer und jener Person, die den Ausländer verwendet (VwGH vom 7.9.2004, 2001/09/0115).

Derjenige nimmt die Arbeitsleistung eines 'betriebsentsandten Ausländers' im Sinne des § 28 Abs 1 Z 1 lit b AuslBG 'in Anspruch', zur Erfüllung dessen Werkes oder Auftrages die Arbeitsleistungen der vom ausländischen Arbeitgeber beschäftigten Ausländer dienen. Dies ist dann der Fall, wenn der Einsatz "betriebsentsandter Ausländer" als Erfüllungsgehilfen ihres ausländischen Arbeitgebers erfolgt, um dessen Verpflichtung aus einem Werkvertrag gegenüber dem inländischen Besteller zu erfüllen (VwGH vom 22.1.2002, 2000/09/0088). Derjenige nimmt die Arbeitsleistung eines 'betriebsentsandten Ausländers' im Sinne des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera b, AuslBG 'in Anspruch', zur Erfüllung dessen Werkes oder Auftrages die Arbeitsleistungen der vom ausländischen Arbeitgeber beschäftigten Ausländer dienen. Dies ist dann der Fall, wenn der Einsatz "betriebsentsandter Ausländer" als Erfüllungsgehilfen ihres ausländischen Arbeitgebers erfolgt, um dessen Verpflichtung aus einem Werkvertrag gegenüber dem inländischen Besteller zu erfüllen (VwGH vom 22.1.2002, 2000/09/0088).

Wurde zwischen einem österreichischen (der (I-)GmbH) und einem italienischen Unternehmen ((V)) ein Werkvertrag abgeschlossen, mit welchem sich die italienische Firma als Subunternehmer dazu verpflichtete, ein mehrstöckiges Haus in Wien zu erreichen, hat die Behörde den wahren wirtschaftlichen Gehalt dieser Vereinbarung im Sinne des 4 Abs 1 AÜG zu erforschen, zumal durchaus auch die Anerkennung der zwischen dem österreichischen Unternehmen und der italienischen Firma geschlossenen Vereinbarung als Werkvertrag möglich ist, welcher nicht im Sinne des § 4 Abs 2 AÜG als verdeckte Arbeitskräfteüberlassung gewertet werden muss. Ist die Tätigkeit der von der italienischen Firma entsandten Arbeitskräfte als ausschließlich im Rahmen der Erfüllung des Werkvertrages durch ihren ausländischen Dienstgeber vorgenommen zu qualifizieren, käme eine Bestrafung des inländischen Unternehmers nur nach § 28 Abs 1 Ziffer 5 lit b AuslBG in Frage (vgl dazu VwGH vom 19.1.1995, 94/09/0275). Wurde zwischen einem österreichischen (der (I-)GmbH) und einem italienischen Unternehmen ((römisch fünf)) ein Werkvertrag abgeschlossen, mit welchem sich die italienische Firma als Subunternehmer dazu verpflichtete, ein mehrstöckiges Haus in Wien zu erreichen, hat die Behörde den wahren wirtschaftlichen Gehalt dieser Vereinbarung im Sinne des 4 Absatz eins, AÜG zu erforschen, zumal durchaus auch die Anerkennung der zwischen dem österreichischen Unternehmen und der italienischen Firma geschlossenen Vereinbarung als Werkvertrag möglich ist, welcher nicht im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG als verdeckte Arbeitskräfteüberlassung gewertet werden muss. Ist die Tätigkeit der von der italienischen Firma entsandten Arbeitskräfte als ausschließlich im Rahmen der Erfüllung des Werkvertrages durch ihren ausländischen Dienstgeber vorgenommen zu qualifizieren, käme eine Bestrafung des inländischen Unternehmers nur nach Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 5 Litera b, AuslBG in Frage vergleiche , dazu VwGH vom 19.1.1995, 94/09/0275).

Eine Übertretung nach § 28 Absatz 1 Ziffer 1 lit a AuslBG ist eine andere Tat als eine Übertretung nach § 28 Absatz 1 Ziffer 5 lit b AuslBG und kommt daher ein Austausch der Straf - und Übertretungsnorm durch die Berufungsinstanz nicht in Frage (vgl in diesem Sinne VwGH 23.5.2002, 2001/09/ 0231). Eine Übertretung nach Paragraph 28, Absatz 1 Ziffer 1 Litera a, AuslBG ist eine andere Tat als eine Übertretung nach Paragraph 28, Absatz 1 Ziffer 5 Litera b, AuslBG und kommt daher ein Austausch der Straf - und Übertretungsnorm durch die Berufungsinstanz nicht in Frage vergleiche , in diesem Sinne VwGH 23.5.2002, 2001/09/ 0231).

Die Umstände auf der Baustelle, wie sie von den Kontrollorganen am 23.6.2010 vorgefunden wurden, insbesondere

die Ausführungen des Herrn (D), wonach er die Arbeiten einteile, ließen prima vista den Schluss zu, dass die angetroffenen Arbeiter lediglich zur Arbeitsleistung der GmbH zur Verfügung gestellt wurden. Die fehlenden Unterlagen (Anlagen zum Auftragsschreiben; das Fehlen der Unterschriften und des Datums auf dem Auftragsschreiben), das Faktum der Materialbestellung durch Herrn D), seine Bauaufsicht, etc, haben diesen ersten Eindruck verstärkt. Dies dürfte dazu geführt haben, dass keine weiteren Ermittlungen zur (V) erfolgt sind. Die Umstände auf der Baustelle, wie sie von den Kontrollorganen am 23.6.2010 vorgefunden wurden, insbesondere die Ausführungen des Herrn (D), wonach er die Arbeiten einteile, ließen prima vista den Schluss zu, dass die angetroffenen Arbeiter lediglich zur Arbeitsleistung der GmbH zur Verfügung gestellt wurden. Die fehlenden Unterlagen (Anlagen zum Auftragsschreiben; das Fehlen der Unterschriften und des Datums auf dem Auftragsschreiben), das Faktum der Materialbestellung durch Herrn D), seine Bauaufsicht, etc, haben diesen ersten Eindruck verstärkt. Dies dürfte dazu geführt haben, dass keine weiteren Ermittlungen zur (römisch fünf) erfolgt sind.

Die Aussagen der Zeugen (D) und (T) vor dem Senat lassen die Erstannahme aber in einem neuen Licht erscheinen. Herr (D) versicherte glaubhaft, dass er nur die Arbeiten, nicht aber die Arbeiter eingeteilt hat (was im Übrigen auch schon in der Niederschrift vom 24.6.2010 dokumentiert wurde). Dass die Arbeiter von Herrn (S) angewiesen, eingeteilt und bezahlt wurden, hat der Zeuge (T) bestätigt. Dieser konnte mit den von ihm vorgelegten Dokumenten auch die Existenz der (V) beweisen. Am Ende des Ermittlungsverfahrens sprechen mehr Argumente für das Vorliegen einer Entsendung im Sinne des § 18 Absatz 12 AuslBG (möge diese auch nicht in allen Punkten korrekt erfolgt sein) und gegen eine bloße Arbeitskräfteüberlassung durch die (V). Die Grundprämisse, wonach kein Werkvertrag vorgelegen wäre, den die (V) zu erfüllen gehabt hätte, lässt sich nicht mit der gebotenen Sicherheit beweisen. Die Aussagen der Zeugen (D) und (T) vor dem Senat lassen die Erstannahme aber in einem neuen Licht erscheinen. Herr (D) versicherte glaubhaft, dass er nur die Arbeiten, nicht aber die Arbeiter eingeteilt hat (was im Übrigen auch schon in der Niederschrift vom 24.6.2010 dokumentiert wurde). Dass die Arbeiter von Herrn (S) angewiesen, eingeteilt und bezahlt wurden, hat der Zeuge (T) bestätigt. Dieser konnte mit den von ihm vorgelegten Dokumenten auch die Existenz der (römisch fünf) beweisen. Am Ende des Ermittlungsverfahrens sprechen mehr Argumente für das Vorliegen einer Entsendung im Sinne des Paragraph 18, Absatz 12 AuslBG (möge diese auch nicht in allen Punkten korrekt erfolgt sein) und gegen eine bloße Arbeitskräfteüberlassung durch die (römisch fünf). Die Grundprämisse, wonach kein Werkvertrag vorgelegen wäre, den die (römisch fünf) zu erfüllen gehabt hätte, lässt sich nicht mit der gebotenen Sicherheit beweisen.

Da die angelastete Tat nicht hinreichend bewiesen werden kann und ein Austausch des Tatvorwurfes nicht möglich war, war das Straferkenntnis in Anwendung des Grundsatzes 'in dubio pro reo' gemäß § 45 Absatz 1 Ziffer 1 VStG aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen." Da die angelastete Tat nicht hinreichend bewiesen werden kann und ein Austausch des Tatvorwurfes nicht möglich war, war das Straferkenntnis in Anwendung des Grundsatzes 'in dubio pro reo' gemäß Paragraph 45, Absatz 1 Ziffer 1 VStG aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die auf Art. 131 Abs. 2 B-VG gestützte Amtsbeschwerde. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor. Der Mitbeteiligte erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen. Gegen diesen Bescheid richtet sich die auf Artikel 131, Absatz 2, B-VG gestützte Amtsbeschwerde. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor. Der Mitbeteiligte erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) in der hier maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 135/2009, haben (auszugsweise) folgenden Wortlaut: 1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) in der hier maßgebenden Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 135 aus 2009,, haben (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

"§ 2

1. (2) Absatz 2, Als Beschäftigung gilt die Verwendung

1. a) Litera a

in einem Arbeitsverhältnis,

2. b) Litera b
in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
3. c) Litera c
in einem Ausbildungsverhältnis, ...
4. d) Litera d
nach den Bestimmungen des § 18 oder nach den Bestimmungen des Paragraph 18, oder
5. e) Litera e
überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes,
BGBl. Nr. 196/1988. überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Paragraph 3, Absatz 4, des
Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,.

2. (3) Absatz 3, Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, a) in den Fällen des Absatz 2, Litera b, die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird oder der Veranstalter und b) in den Fällen des Absatz 2, Litera c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird oder der Veranstalter und

c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes. c) in den Fällen des Absatz 2, Litera e, auch der Beschäftiger im Sinn des Paragraph 3, Absatz 3, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.

1. (4) Absatz 4, Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

....

§ 3 (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' oder einen Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt-EG' oder einen Niederlassungsnachweis besitzt. Paragraph 3, (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' oder einen Aufenthaltstitel 'Daueraufenthalt-EG' oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

...

§ 28 (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen Paragraph 28, (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

1. wer,

a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' (§ 8 Abs. 2 Z 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, oder a) entgegen Paragraph 3, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (Paragraphen 4 und 4 c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (Paragraph 12,) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (Paragraph 3, Absatz 5,) oder eine Arbeitserlaubnis (Paragraph 14 a,) oder ein Befreiungsschein (Paragraphen 15 und 4

c) oder eine 'Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt' (Paragraph 8, Absatz 2, Ziffer 3, NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (Paragraph 45, NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (Paragraph 24, FrG 1997) ausgestellt wurde, oder

b) entgegen dem § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde, oder b) entgegen dem Paragraph 18, die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde, oder

...,

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 50 000 Euro;

...

5. wer

a) entgegen § 18 Abs. 12 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder a) entgegen Paragraph 18, Absatz 12, als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder

b) entgegen § 18 Abs. 12 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, in Anspruch nimmt, obwohl § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2 nicht erfüllt ist und - im Fall der lit. b - auch keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde, b) entgegen Paragraph 18, Absatz 12, die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, in Anspruch nimmt, obwohl Paragraph 18, Absatz 12, Ziffer eins, oder 2 nicht erfüllt ist und - im Fall der Litera b, - auch keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde,

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;

...."

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a), einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (lit. b) oder überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988 (lit. e) als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellt Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, dass typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob ein überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom

23. April 2009, ZI. 2009/09/0069, mwN). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung durch Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (Litera a.), einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (Litera b.) oder überlassener Arbeitskräfte im Sinn des Paragraph 3, Absatz 4, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988, (Litera e.) als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellt Tätigkeit in persönlicher bzw. wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, dass typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob ein überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf Paragraph 879, ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. April 2009, ZI. 2009/09/0069, 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", indem 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. z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2008, ZI. 2007/09/0306). 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", indem 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 vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 15. Mai 2008, ZI. 2007/09/0306).

In den Fällen der Verwendung überlassener Arbeitskräfte ist gemäß § 2 Abs. 3 lit. c den Arbeitgebern gleichzuhalten auch der Beschäftiger der überlassenen Arbeitskräfte, das ist nach § 3 Abs. 3 AÜG derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Nach § 3 Abs. 4 leg. cit. sind Arbeitskräfte Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind. In den Fällen der Verwendung überlassener Arbeitskräfte ist gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Litera c, den Arbeitgebern gleichzuhalten auch der Beschäftiger der überlassenen Arbeitskräfte, das ist nach Paragraph 3, Absatz 3, AÜG derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Nach Paragraph 3, Absatz 4, leg. cit. sind Arbeitskräfte Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

§ 4 AÜG lautet: Paragraph 4, AÜG lautet:

1. "(1) Absatz eins, Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche

Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

2. (2) Absatz 2, Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet."

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung 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 Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchen die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN). Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung 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 Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchen die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN).

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 21. März 1995, ZI. 94/09/0097, und vom 18. November 1998, ZI. 96/09/0281) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzliche eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 1998, ZI. 97/09/0150). Bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs. 2 Z. 1 bis 4 genannten Tatbestandsmerkmale liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 3 Abs. 1 AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des § 3 Abs. 2 AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG vor. Es kann Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von § 4 Abs. 2 AÜG insbesondere auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (im Sinne der Z. 3 leg. cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hiezu die hg. Erkenntnisse vom 17. Juli 1997, ZI. 95/09/0218, vom 18. März 1998, ZI. 96/09/0131, und vom 22. Oktober 1996, ZI. 94/08/0178). Selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer ihnen entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und "Subunternehmer" liegt danach eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn eine der Ziffern

des § 4 Abs. 2 AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts im Sinne des § 4 Abs. 1 AÜG bedarf es nur dann, wenn der Tatbestand keiner der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. März 1998, Zl. 95/08/0345). Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat (vergleiche, die hg. Erkenntnisse vom 21. März 1995, Zl. 94/09/0097, und vom 18. November 1998, Zl. 96/09/0281) ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinne nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 16. September 1998, Zl. 97/09/0150). Bei Erfüllung auch nur eines der in Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins bis 4 genannten Tatbestandsmerkmale liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, AÜG durch den Werkunternehmer als Überlasser im Sinne des Paragraph 3, Absatz 2, AÜG (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger im Sinn des Paragraph 3, Absatz 3, AÜG vor. Es kann Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Paragraph 4, Absatz 2, AÜG insbesondere auch vorliegen, wenn keine organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (im Sinne der Ziffer 3, leg. cit.) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vergleiche, hiezu die hg. Erkenntnisse vom 17. Juli 1997, Zl. 95/09/0218, vom 18. März 1998, Zl. 96/09/0131, und vom 22. Oktober 1996, Zl. 94/08/0178). Selbst im Fall zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufender Vereinbarungen (und einer ihnen entsprechenden Vertragsabwicklung) zwischen Unternehmer und "Subunternehmer" liegt danach eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn eine der Ziffern des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG anwendbar ist. Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, AÜG bedarf es nur dann, wenn der Tatbestand keiner der vier Ziffern des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 10. März 1998, Zl. 95/08/0345).

2. In der Beschwerde wird zunächst moniert, dass die belangte Behörde den von ihr festgestellten Sachverhalt unzutreffend nicht als Arbeitskräfteüberlassung iSd von § 3 Abs. 1 AÜG beurteilt und die dem Mitbeteiligten angelastete Tat nicht unter den Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG subsumiert, sondern als Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen betriebsfremder Ausländer iSd § 18 AuslBG angesehen habe. 2. In der Beschwerde wird zunächst moniert, dass die belangte Behörde den von ihr festgestellten Sachverhalt unzutreffend nicht als Arbeitskräfteüberlassung iSd von Paragraph 3, Absatz eins, AÜG beurteilt und die dem Mitbeteiligten angelastete Tat nicht unter den Tatbestand des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG subsumiert, sondern als Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen betriebsfremder Ausländer iSd Paragraph 18, AuslBG angesehen habe.

Dem ist Folgendes zu entgegen:

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde ihre Feststellungen im Wesentlichen auf die Angaben der als glaubwürdig eingestuften Zeugen D und T gestützt. Dabei hat sie auch offenkundig die Erklärungen von D, warum seine Angaben in der Berufungsverhandlung gegenüber seinen früheren insofern divergierten, als er sich zwar unmittelbar nach der Kontrolle damit verantwortete, täglich alle Arbeiter eingeteilt und kontrolliert zu haben, in der Berufungsverhandlung aber aussagte, zwar als Bauleiter der I-GmbH beim gegenständlichen Bauvorhaben mit S (den der Zeuge T als den "wirklichen Chef" des italienischen Unternehmens V-SRL bezeichnete) wöchentlich eine Planungsbesprechung durchgeführt zu haben, die Einteilung der Arbeiter sei aber durch S erfolgt, akzeptiert. Die beschwerdeführende Partei lässt die diesbezügliche Beweiswürdigung ebenso unbekämpft wie die Feststellungen zu den Tätigkeitsmerkmalen der Ausländer und den Modalitäten der Geschäftsgestaltung und -abwicklung zwischen der I-GmbH und der V-SRL:

Demnach hat die I-GmbH der V-SRL (als Subunternehmen) die "Baumeisterarbeiten" für das in der M-gasse zu errichtende Bauprojekt gegen eine Pauschalauftragssumme von 4 Mio. EUR übertragen. Sämtliche auf der Baustelle eingesetzten Arbeiter wurden von S in Italien angestellt und von der V-SRL bezahlt. Die konkreten Arbeitsanweisungen haben diese Arbeiter vor Ort von S als ihrem unmittelbaren Vorgesetzten erhalten.

Wenn die beschwerdeführende Partei behauptet, das Material und Werkzeug habe nicht vorwiegend vom

Werkunternehmer gestammt, was nach § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung spreche, so übersieht sie, dass zwar der Ankauf des Materials wie auch die Anmietung eines Krans von der I-GmbH organisiert, jedoch der V-SRL in Rechnung gestellt bzw. die Einkaufssumme vom Pauschalbetrag abgezogen wurde. Auch wenn damit die I-GmbH (zumindest teilweise) in Vorleistung getreten ist, ist die Materialbeistellung letztlich wirtschaftlich der V-SRL zuzurechnen. Angesichts des Volumens des Materials, welches der Zeuge D auf ca. 2 Mio. EUR schätzte, und dem Umstand, dass das Baugerüst von der V-SRL bereitgestellt wurde, kann auch der Frage, wer das (weitere Klein-)Werkzeug beigestellt hat, nur untergeordnete Bedeutung zukommen. Wenn die beschwerdeführende Partei behauptet, das Material und Werkzeug habe nicht vorwiegend vom Werkunternehmer gestammt, was nach Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung spreche, so übersieht sie, dass zwar der Ankauf des Materials wie auch die Anmietung eines Krans von der I-GmbH organisiert, jedoch der V-SRL in Rechnung gestellt bzw. die Einkaufssumme vom Pauschalbetrag abgezogen wurde. Auch wenn damit die I-GmbH (zumindest teilweise) in Vorleistung getreten ist, ist die Materialbeistellung letztlich wirtschaftlich der V-SRL zuzurechnen. Angesichts des Volumens des Materials, welches der Zeuge D auf ca. 2 Mio. EUR schätzte, und dem Umstand, dass das Baugerüst von der V-SRL bereitgestellt wurde, kann auch der Frage, wer das (weitere Klein-)Werkzeug beigestellt hat, nur untergeordnete Bedeutung zukommen.

Ebenso kann der Beschwerde nicht gefolgt werden, dass die Ausländer trotz einer "Zwischenschaltung" von S der Dienst- und Fachaufsicht von D unterstellt und damit iSv § 3 Abs. 2 Z. 3 AÜG organisatorisch in den Betrieb der I-GmbH eingegliedert gewesen seien, zumal D nach den Feststellungen lediglich "regelmäßige Baubesprechungen" und die Qualitätskontrolle durchgeführt hat, während die Umsetzung von S erfolgte (wobei auch zu berücksichtigen ist, dass keine anderen Arbeiter an der Baustelle tätig waren und deren Tätigkeiten "sämtliche Bauarbeiten" und somit nicht bloß einfache Bauhilfsarbeiten umfassten). Im Übrigen ist auch unbestritten, dass die Anstellung und Bezahlung der Ausländer ausschließlich durch die V-SRL vorgenommen wurde (zwar wurden die Unterkünfte der Ausländer von der I-GmbH organisiert, jedoch wurde weder behauptet, noch ergaben sich dazu Anhaltspunkte einer unmittelbaren "entgeltgleichen" Leistung der I-GmbH an dies Ausländer). Ebenso kann der Beschwerde nicht gefolgt werden, dass die Ausländer trotz einer "Zwischenschaltung" von S der Dienst- und Fachaufsicht von D unterstellt und damit iSv Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG organisatorisch in den Betrieb der I-GmbH eingegliedert gewesen seien, zumal D nach den Feststellungen lediglich "regelmäßige Baubesprechungen" und die Qualitätskontrolle durchgeführt hat, während die Umsetzung von S erfolgte (wobei auch zu berücksichtigen ist, dass keine anderen Arbeiter an der Baustelle tätig waren und deren Tätigkeiten "sämtliche Bauarbeiten" und somit nicht bloß einfache Bauhilfsarbeiten umfassten). Im Übrigen ist auch unbestritten, dass die Anstellung und Bezahlung der Ausländer ausschließlich durch die V-SRL vorgenommen wurde (zwar wurden die Unterkünfte der Ausländer von der I-GmbH organisiert, jedoch wurde weder behauptet, noch ergaben sich dazu Anhaltspunkte einer unmittelbaren "entgeltgleichen" Leistung der I-GmbH an dies Ausländer).

Wenngleich dem in den Verwaltungsakten einliegenden "Auftragsschreiben" die darin aufgelisteten Anlagen (Pläne, etc.) fehlen, so ist diesem eine ausreichend genau umrissene Leistung (nämlich der "schlüsselfertig" herzustellenden Baumeisterarbeiten für das gesamte Bauobjekt) zu entnehmen, die innerhalb eines genau determinierten Zeitraumes zu erbringen sind; neben einer Abrechnung in monatlichen Teilrechnungen gemäß Leistungsfortschritt sind darin auch Mängelbehebungspflichten des Auftragnehmers determiniert. Darüber hinaus gab es auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass im Gesamtbauvorhaben andere "gleichartige Baumeisterarbeiten" durchgeführt worden wären und deshalb die Unterscheidbarkeit der von der V-SRL erbrachten Leistung(en) mangels näherer Konkretisierung dazu in Frage zu stellen gewesen wäre.

Da somit im vorliegenden Fall der Tatbestand keiner der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist, begegnet es insgesamt auch keinen Bedenken, wenn die belangte Behörde als Ergebnis ihrer Gesamtbetrachtung aller Umstände im Ergebnis die von der Erstbehörde erfolgte Verneinung des Vorliegens eines Werkvertrages zwischen der I-GmbH und der V-SRL sowie das Bestehen einer Arbeitskräfteüberlassung seitens der V-SRL gegenüber der genannten GmbH nicht als erwiesen annimmt und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG zur Einstellung bringt. Da somit im vorliegenden Fall der Tatbestand keiner der vier Ziffern des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist, begegnet es insgesamt auch keinen Bedenken, wenn die belangte Behörde als Ergebnis ihrer Gesamtbetrachtung aller Umstände im Ergebnis die von der Erstbehörde erfolgte Verneinung des Vorliegens eines

Werkvertrages zwischen der I-GmbH und der V-SRL sowie das Bestehen einer Arbeitskräfteüberlassung seitens der V-SRL gegenüber der genannten GmbH nicht als erwiesen annimmt und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG zur Einstellung bringt.

3. Zum Eventualvorbringen der beschwerdeführenden Partei, wonach eine Auswechslung der Tat (im Hinblick auf die von der belangten Behörde in Betracht gezogenen Übertretungsnorm) zulässig gewesen wäre:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG - diese Vorschrift findet zufolge des § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren Anwendung - hat die Berufungsbehörde außer dem im Absatz 2 erwähnten Fall, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung (§ 60) ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid (unter Bedachtnahme auf das im Verwaltungsstrafverfahren geltende Verbot der reformatio in peius) nach jeder Richtung abzuändern. Gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG - diese Vorschrift findet zufolge des Paragraph 24, VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren Anwendung - hat die Berufungsbehörde außer dem im Absatz 2 erwähnten Fall, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung (Paragraph 60,) ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid (unter Bedachtnahme auf das im Verwaltungsstrafverfahren geltende Verbot der reformatio in peius) nach jeder Richtung abzuändern.

"Sache" im Sinne dieser Gesetzesstelle ist immer die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des Bescheides der Unterbehörde gebildet hat (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Oktober 1989, Zl. 89/04/0073 u. a.). Das bedeutet für den Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens, dass die Berufungsbehörde trotz ihrer Berechtigung, den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, doch auf die Ahndung der dem Beschuldigten im Strafverfahren erster Instanz zur Last gelegten Tat beschränkt bleibt, sodass sie ihn nicht für eine Tat schuldig sprechen darf, die ihm im Verfahren vor der ersten Instanz gar nicht zur Last gelegt worden ist (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. März 1990, Zl. 90/01/0019, und die dort zitierte Vorjudikatur; ebenso das hg. Erkenntnis vom 30. Juni 1994, Zl. 94/09/0035). "Sache" im Sinne dieser Gesetzesstelle ist immer die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des Bescheides der Unterbehörde gebildet hat vergleiche , das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Oktober 1989, Zl. 89/04/0073 u. a.). Das bedeutet für den Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens, dass die Berufungsbehörde trotz ihrer Berechtigung, den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, doch auf die Ahndung der dem Beschuldigten im Strafverfahren erster Instanz zur Last gelegten Tat beschränkt bleibt, sodass sie ihn nicht für eine Tat schuldig sprechen darf, die ihm im Verfahren vor der ersten Instanz gar nicht zur Last gelegt worden ist vergleiche , das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. März 1990, Zl. 90/01/0019, und die dort zitierte Vorjudikatur; ebenso das hg. Erkenntnis vom 30. Juni 1994, Zl. 94/09/0035).

In keiner rechtzeitigen Verfolgungshandlung wurde der Vorwurf einer Inanspruchnahme gemäß § 18 AuslBG erhoben und davon ausgehend die Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 lit. b oder Abs. 5 leg. cit. angelastet. Damit steht die rechtliche Schlussfolgerung der belangten Behörde auch nicht im Widerspruch zu dem in der Amtsbeschwerde ins Treffen geführten hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2008, Zl. 2004/17/0228. In keiner rechtzeitigen Verfolgungshandlung wurde der Vorwurf einer Inanspruchnahme gemäß Paragraph 18, AuslBG erhoben und davon ausgehend die Begehung einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 28, Absatz eins, Litera b, oder Absatz 5, leg. cit. angelastet. Damit steht die rechtliche Schlussfolgerung der belangten Behörde auch nicht im Widerspruch zu dem in der Amtsbeschwerde ins Treffen geführten hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2008, Zl. 2004/17/0228.

4. Insgesamt kann die beschwerdeführende Partei sohin keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzeigen.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsersatzverordnung, BGBl. II Nr. 455/2008. Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,

Wien, am 15. Februar 2013

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VwGH:2013:2012090046.X00

Im RIS seit

07.03.2013

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2014

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at