

# TE Vwgh Erkenntnis 2012/10/4 2012/09/0017

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.10.2012

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1151;  
AuslBG §2 Abs2 lite;  
AuslBG §28 Abs1 Z1 lita;  
AuslBG §3 Abs1;

VwGG §42 Abs2 Z1;

1. ABGB § 1151 heute
2. ABGB § 1151 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBL. Nr. 69/1916

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

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

## **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 7. Dezember 2011, Zl. UVS- 07/A/8/9814/2010-54, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens in Angelegenheit Übertretung des AuslBG (weitere Partei: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, mitbeteiligte Partei: Ing. IL in W), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

### **Begründung**

Mit Straferkenntnis der Behörde erster Instanz wurde die Mitbeteiligte schuldig erkannt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der D GmbH mit Sitz in W zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin in A den slowenischen Staatsangehörigen BE am 9. Juni 2010 (er sei bei Malerarbeiten gesehen worden), den slowenischen Staatsangehörigen FJ vom 9. Dezember 2009 bis 9. Juni 2010 (er sei beim Verspachteln von Rigipsplatten gesehen worden), den slowakischen Staatsangehörigen SD vom 9. Oktober 2009 bis 9. Juni 2010 (er sei mit Abbrucharbeiten beschäftigt gewesen) und den slowakischen Staatsangehörigen ZM vom 1. Jänner 2010 bis 9. Juni 2010 (er sei mit Malerarbeiten beschäftigt gewesen) beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Mit Straferkenntnis der Behörde erster Instanz wurde die Mitbeteiligte schuldig erkannt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG 1991 zur Vertretung nach außen berufenes Organ der D GmbH mit Sitz in W zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin in A den slowenischen Staatsangehörigen BE am 9. Juni 2010 (er sei bei Malerarbeiten gesehen worden), den slowenischen Staatsangehörigen FJ vom 9. Dezember 2009 bis 9. Juni 2010 (er sei beim Verspachteln von Rigipsplatten gesehen worden), den slowakischen Staatsangehörigen SD vom 9. Oktober 2009 bis 9. Juni 2010 (er sei mit Abbrucharbeiten beschäftigt gewesen) und den slowakischen Staatsangehörigen ZM vom 1. Jänner 2010 bis 9. Juni 2010 (er sei mit Malerarbeiten beschäftigt gewesen) beschäftigt habe, obwohl für diese keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Sie habe dadurch vier Verwaltungsübertretungen gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen, es wurden Geldstrafen (Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt. Sie habe dadurch vier Verwaltungsübertretungen gemäß Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen, es wurden Geldstrafen (Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt.

Dagegen erhob die Mitbeteiligte Berufung.

Die belangte Behörde gab der Berufung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung Folge, behob das Straferkenntnis und stellte das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG ein. Die belangte Behörde gab der Berufung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung Folge, behob das Straferkenntnis und stellte das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG ein.

Dies begründete die belangte Behörde nach Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen und Zitaten aus der hg. Rechtsprechung folgendermaßen (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Voraussetzung für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe ist das Vorliegen eines Verhaltens, welches als tatbildlich gesetzt zu qualifizieren ist. Unter Zugrundelegung des im Verwaltungsstrafverfahren allgemein gültigen Rechtsgrundsatzes 'in dubio pro reo' darf nur dann eine Bestrafung erfolgen, wenn mit der für eine strafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit feststeht, dass das der Verurteilung zugrundeliegende strafbare Verhalten auch tatsächlich von der beschuldigten Person verwirklicht worden ist.

Der Grundsatz 'in dubio pro reo' greift immer dann Platz, wenn die für und gegen den Beschuldigten sprechenden Umstände nach der Beweiswürdigung der Behörde gleiches Gewicht haben (vgl. VwGH vom 24. Oktober 1990, 89/03/0268 u.v.a.). Der Grundsatz 'in dubio pro reo' greift immer dann Platz, wenn die für und gegen den Beschuldigten sprechenden Umstände nach der Beweiswürdigung der Behörde gleiches Gewicht haben vergleiche , VwGH vom 24. Oktober 1990, 89/03/0268 u.v.a.).

Aufgrund des Akteninhaltes und des vom Unabhängigen Verwaltungssenat Wien durchgeführten Ermittlungsverfahrens können die der (Mitbeteiligten) zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nicht mit der im

Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit als erwiesen erachtet werden, und zwar aus folgenden Gründen:

...

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien übersieht nicht, dass keins schriftlicher Werkvertrag zwischen der D GmbH und der Firma DR vorgelegt worden ist und der konkrete Aufgabenbereich der Firma DR im gesamten Verfahren nicht eindeutig geklärt werden konnte. Aus der schlüssigen Aussage des Zeugen WL ergibt sich aber, dass die Firma DR die Fassadenarbeiten durchführen sollte und diesen Auftrag dazu in sub von der Firma D GmbH erhalten habe, da diese selbst für diesen Teil der Tätigkeiten zu wenig Eigenpersonal hatte.

Allerdings haben alle Ausländer (mit Ausnahme von Herrn SD, der angab selbständig zu sein) im bei der Kontrolle ausgefüllten Personalblatt als Arbeitgeber die Firma DR angegeben. Der Zeuge WL, dessen Aussage im unmittelbaren Eindruck sehr glaubwürdig wirkte, hat zwar angegeben, die Arbeiten und deren Fortschritt beaufsichtigt zu haben, allerdings hat er sich nicht darum gekümmert, welche konkreten Arbeitnehmer der Firma DR auf der Baustelle waren bzw. hat er nicht deren Arbeitszeiten in Form von Stundenabrechnungen kontrolliert. Mag er auch täglich die Baustelle aufgesperrt haben, so wurde diese immer von verschiedenen Firmen zugesperrt, sodass die Arbeitnehmer der Firma DR nicht zwingend auf den Polier der Firma D GmbH angewiesen waren, um auf der Baustelle zu verbleiben. Dies ist einer der wesentlichen Unterschiede zur ha. Entscheidung zur Zl. UVS- 07/A/3/3153/2010. Des Weiteren handelte es sich um die erste Zusammenarbeit zwischen der D GmbH und der Firma DR. Die Schilderungen des Zeugen WL wirkten lebensnah und schlüssig und kann aufgrund dieser Angaben, denen die Zeugen RA nichts entgegenzusetzen hatte, nicht zweifelsfrei von einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen werden.

Aus allen diesen Gründen steht somit nicht mit der für eine Bestrafung nötigen Sicherheit fest, dass die in Rede stehenden Ausländer von der (Mitbeteiligten) beschäftigt worden sind.

Sohin war mangels Vorliegens der für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung erforderlichen Gewissheit, ob die (Mitbeteiligte) die im erstinstanzlichen Straferkenntnis angelasteten Verwaltungsübertretungen tatsächlich begangen hat, das erstinstanzliche Straferkenntnis spruchgemäß zu beheben und das Strafverfahren mangels ausreichender Taterweisung im Zweifel zugunsten der (Mitbeteiligten) spruchgemäß einzustellen."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Amtsbeschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, verzichtete jedoch auf die Erstattung einer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, nach dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt könne kein Zweifel daran bestehen, dass es sich gegenständlich um die Beschäftigung der vier Ausländer durch die D GmbH in Form der Verwendung überlassener Arbeitskräfte handle.

Sie ist damit aus folgenden Gründen im Recht:

Gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung. Den Arbeitgebern gleichzuhalten ist gemäß § 2 Abs. 3 lit. c in diesen Fällen auch der Beschäftiger der überlassenen Arbeitskräfte, das ist nach § 3 Abs. 3 AÜG derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Litera e, AuslBG gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung. Den Arbeitgebern gleichzuhalten ist gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Litera c, in diesen Fällen 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.

§ 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988 (AÜG), lautet: Paragraph 4, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988, (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) 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."

Im vorliegenden Fall wurden die Ausländer auf einer Baustelle der D GmbH, somit in deren Betrieb, eingesetzt. Die Mitbeteiligte bringt im Verwaltungsstrafverfahren im Wesentlichen zusammengefasst vor, es sei ein mündlicher Werkvertrag zwischen der B GmbH und der DR vorgelegen, in dessen Erfüllung die Ausländer gearbeitet hätten.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch § 2 Abs. 2 AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis bzw. die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher und/oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. § 2 Abs. 2 AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausführt, ist der Begriff der Beschäftigung - soweit dies im Beschwerdefall in Betracht kommt - durch Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG unter anderem in der Weise bestimmt, dass die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis bzw. die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung gilt. Maßgebend für diese Einordnung in den genannten Beschäftigungsbegriff ist, dass die festgestellte Tätigkeit in persönlicher und/oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Arbeitenden ausgeübt wird. Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, leg. cit. ist unter anderem auch eine kurzfristige oder aushilfsweise Beschäftigung anzusehen. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen. Liegt eine Verwendung (vgl. Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG) in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses bildet, ist von einer der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterworfenen Beschäftigung auszugehen. Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande 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 (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, 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 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. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2002/09/0187). 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 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 vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2002/09/0187).

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 im Vorhinein individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss (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 im Vorhinein individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss vergleiche , z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN).

Bei der Frage, welches "Vertragsverhältnis" vorgelegen habe, handelt es sich um eine auf Grund des Vorliegens eines bestimmten Sachverhaltes zu lösende Rechtsfrage, jedoch nicht um ein Sachverhaltsvorbringen. Ob ein festgestellter Sachverhalt als unselbständige Beschäftigung zu qualifizieren ist, ist eine reine Rechtsfrage (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 2010, ZI. 2010/09/0158). Bei der Frage, welches "Vertragsverhältnis" vorgelegen habe, handelt es sich um eine auf Grund des Vorliegens eines bestimmten Sachverhaltes zu lösende Rechtsfrage, jedoch nicht um ein Sachverhaltsvorbringen. Ob ein festgestellter Sachverhalt als unselbständige Beschäftigung zu qualifizieren ist, ist eine reine Rechtsfrage vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 16. September 2010, ZI. 2010/09/0158).

Dass sich aus dem Vorbringen der Mitbeteiligten im Verwaltungsstrafverfahren kein konkretes, im Vorhinein abgrenzbares Werk erkennen lässt, wird - im Einklang mit dem Akteninhalt - von der belangten Behörde dargetan. Der Hinweis, es ergebe sich aus der Aussage des Zeugen WL (des Poliers der D GmbH), dass die Firma DR die "Fassadenarbeiten" (konkret führte der Zeuge WL über Befragen des Vertreters der Mitbeteiligten aus, es habe sich um "Fassadeninstandsetzungsarbeiten" gehandelt) durchführen solle, zeigt ebenfalls kein konkretes Werk auf, wurde doch von der Mitbeteiligten in der Stellungnahme vom 15. September 2011 im Gegensatz dazu vorgebracht, der "Subunternehmer" DR habe "das Gewerk Abbrucharbeiten" ausgeführt. In weiterem Gegensatz dazu stehen auch die ausgeführten Arbeiten, bei denen drei der vier Ausländer betreten wurden ("Malarbeiten" und "Verspachteln von Rigipsplatten").

Im Sinne der Abgrenzung gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist die Lösung der Frage, ob nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt überhaupt ein Werkvertrag zwischen der D GmbH und der DR vorliegt, entscheidend (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2011, ZI. 2011/09/0183). Schon deshalb, weil gegenständlich nicht dargetan wurde, dass es sich überhaupt bei der behaupteten Vergabe an DR um ein abgrenzbares, unterscheidbares "gewährleistungstaugliches" Werk handelt, ist die Ansicht der belangten Behörde rechtswidrig, weil die rechtliche Wertung des Bestehens eines Werkvertrages zwischen der D GmbH und der DR nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspricht. Im Sinne der Abgrenzung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, AÜG ist die Lösung der Frage, ob nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt überhaupt ein Werkvertrag zwischen der D GmbH und der DR vorliegt, entscheidend vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2011, ZI. 2011/09/0183). Schon deshalb, weil gegenständlich nicht dargetan wurde,

dass es sich überhaupt bei der behaupteten Vergabe an DR um ein abgrenzbares, unterscheidbares "gewährleistungstaugliches" Werk handelt, ist die Ansicht der belangten Behörde rechtswidrig, weil die rechtliche Wertung des Bestehens eines Werkvertrages zwischen der D GmbH und der DR nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspricht.

Das angebliche - nicht konkret bestimmte - "Werk" unterscheidet sich auch in allen nach den Angaben der Mitbeteiligten, des Zeugen WL und den tatsächlich verrichteten Arbeiten denkbaren Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht von den Betriebsergebnissen der D GmbH (Baumeisterarbeiten). Dies spricht im Sinne des § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG für Arbeitskräfteüberlassung. Das angebliche - nicht konkret bestimmte - "Werk" unterscheidet sich auch in allen nach den Angaben der Mitbeteiligten, des Zeugen WL und den tatsächlich verrichteten Arbeiten denkbaren Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht von den Betriebsergebnissen der D GmbH (Baumeisterarbeiten). Dies spricht im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, AÜG für Arbeitskräfteüberlassung.

Auch das Material stammte ausschließlich von der D GmbH, was im Sinne des § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG ebenfalls für Arbeitskräfteüberlassung spricht. Zum Werkzeug finden sich keine Feststellungen. Auch das Material stammte ausschließlich von der D GmbH, was im Sinne des Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG ebenfalls für Arbeitskräfteüberlassung spricht. Zum Werkzeug finden sich keine Feststellungen.

Die belangte Behörde ist sodann daran zu erinnern, dass nach den als glaubwürdig erachteten Aussagen des Poliers der D GmbH WL dieser den Ausländern gesagt habe, was "konkret zu tun sei", was "als nächstes zu erledigen sei" und er seine erste Einvernahme nicht als unrichtig bezeichnet hat, in der er sagte "die Arbeitsanweisungen gebe ich". Er hat sohin den Ausländern konkret gezeigt, wo und was sie zu arbeiten hätten. Dies hat nichts mit einer "Abstimmung" der Arbeiten mit denen anderer Professionisten oder einer reinen Kontrolle des Baufortschrittes zu tun, sondern damit wurde den Ausländern die durchzuführende Arbeit erst unmittelbar an der Baustelle zugewiesen. Die belangte Behörde hätte vielmehr aus diesen Angaben rechtlich ableiten müssen, dass eine Einordnung der Ausländer in die Betriebsorganisation der D GmbH gegeben war. Denn eine derartige Einteilung (der Zeuge WL hat darüber hinaus auch von einer Aufsicht über die Ausländer gesprochen) geht weit über die bloße Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung hinaus, handelt es sich dabei doch um eine in Arbeitsabläufe einweisende und diese dauernd begleitende Kontrolle (§ 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG). Die belangte Behörde ist sodann daran zu erinnern, dass nach den als glaubwürdig erachteten Aussagen des Poliers der D GmbH WL dieser den Ausländern gesagt habe, was "konkret zu tun sei", was "als nächstes zu erledigen sei" und er seine erste Einvernahme nicht als unrichtig bezeichnet hat, in der er sagte "die Arbeitsanweisungen gebe ich". Er hat sohin den Ausländern konkret gezeigt, wo und was sie zu arbeiten hätten. Dies hat nichts mit einer "Abstimmung" der Arbeiten mit denen anderer Professionisten oder einer reinen Kontrolle des Baufortschrittes zu tun, sondern damit wurde den Ausländern die durchzuführende Arbeit erst unmittelbar an der Baustelle zugewiesen. Die belangte Behörde hätte vielmehr aus diesen Angaben rechtlich ableiten müssen, dass eine Einordnung der Ausländer in die Betriebsorganisation der D GmbH gegeben war. Denn eine derartige Einteilung (der Zeuge WL hat darüber hinaus auch von einer Aufsicht über die Ausländer gesprochen) geht weit über die bloße Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung hinaus, handelt es sich dabei doch um eine in Arbeitsabläufe einweisende und diese dauernd begleitende Kontrolle (Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG).

Die weiteren Argumente der belangten Behörde (WL habe sich nicht darum gekümmert, welchen konkreten Arbeitnehmer der Firma DR auf der Baustelle seien, er habe die Arbeitszeiten nicht "in Form von Stundenabrechnungen" kontrolliert, er habe die Baustelle zwar auf-, aber nicht abgesperrt), können die oben bereits behandelte Einordnung in die Organisation der D GmbH lediglich abschwächen, aber nicht aufheben.

Der Hinweis der belangten Behörde, "alle Ausländer (mit Ausnahme von Herrn SD, der angab selbständig zu sein)" hätten "im bei der Kontrolle ausgefüllten Personenblatt als Arbeitgeber die Firma DR angegeben", ist nichtssagend, ist doch bei Arbeitskräfteüberlassung der Überlasser der unmittelbare Arbeitgeber, sodass die Nennung der DR in der Rubrik "Ich arbeite derzeit für:" im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung durchaus zutreffend den unmittelbaren Arbeitgeber benennen kann. Dies ändert aber nichts daran, dass eine überlassene Arbeitskraft von jemand anderem als dem unmittelbaren Arbeitgeber im Sinne des AuslBG "beschäftigt" wird.

Warum demgegenüber SD, der vom Zeugen WL als "Ansprechpartner" und "Vorarbeiter der Firma DR" bezeichnet wurde, in der Rubrik "Ich arbeite derzeit für (Firma + Adresse): R. DENK (SELBSTETATIG)" und in der Rubrik "Beschäftigt als: HELFER" eingetragen hat, wird von der belangten Behörde nicht zu erklären versucht. Nur der

Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass von den Ausländern nur ZM in der Lage war, den Namen der DR, deren Arbeitnehmer sie angeblich seien, richtig zu bezeichnen.

Der Hinweis der belangten Behörde drauf, dass es sich "um die erste Zusammenarbeit zwischen der D GmbH und der Firma DR" gehandelt habe, ist jedenfalls nicht nachvollziehbar. Denn die Mitbeteiligte hat in der Stellungnahme vom 15. September 2011 die Tatsache, dass kein schriftlicher Werkvertrag existiert, folgendermaßen begründet: "Im Baugewerbe ist bei Subunternehmerverträgen die Schriftform nicht üblich, wenn es sich um eine ständige Geschäftsbeziehung - wie hier - handelt."

Demgegenüber hat der Zeuge WL ausgesagt, "mir ist nicht bekannt, dass eine solche Zusammenarbeit vor diesem Projekt schon einmal stattgefunden hat". Selbst aus letzterer Aussage, die von der belangten Behörde als glaubwürdig und schlüssig gewürdigt wurde, ist nicht die Tatsache feststellbar, dass es sich um die erste Zusammenarbeit gehandelt habe.

Im Übrigen spräche der Umstand, dass bei erster Zusammenarbeit kein schriftlicher Vertrag errichtet wurde, im Zusammenhang mit der fehlenden Konkretisierung des angeblichen "Werkes" und den Angaben der Mitbeteiligten für Arbeitskräfteüberlassung und somit gegen die Rechtsansicht der belangten Behörde.

Letztendlich weist die Beschwerdeführerin auch zu Recht darauf hin, dass gegenständlich noch zusätzlich die Vermutung des § 28 Abs. 7 AuslBG für das Vorliegen unberechtigter Beschäftigung der Ausländer durch die D GmbH spricht. Letztendlich weist die Beschwerdeführerin auch zu Recht darauf hin, dass gegenständlich noch zusätzlich die Vermutung des Paragraph 28, Absatz 7, AuslBG für das Vorliegen unberechtigter Beschäftigung der Ausländer durch die D GmbH spricht.

Der angefochtene Bescheid erweist sich schon deshalb mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er - ohne dass auf das weitere Beschwerdebringen noch einzugehen ist - gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war. Der angefochtene Bescheid erweist sich schon deshalb mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er - ohne dass auf das weitere Beschwerdebringen noch einzugehen ist - gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben war.

Wien, am 4. Oktober 2012

#### **Schlagworte**

Besondere Rechtsgebiete

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2012:2012090017.X00

**Im RIS seit**

31.10.2012

**Zuletzt aktualisiert am**

22.11.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)