



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650  
Telefax: (43 01) 4000 99 38650  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-041/036/28614/2014-19  
Finanzpolizei Wien, Team ... für das  
Finanzamt Wien ...  
(Beschuldigter: Ge. G.)

Wien, 29.06.2015  
Se

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fritz über die Beschwerde der Finanzpolizei Wien, Team ..., gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 10.06.2014, Zl. MBA ... - S 51344/13, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (Beschuldigter: Ge. G.), nach am 13.01.2015 durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde der Finanzpolizei Team ... Folge gegeben, der angefochtene Einstellungsbescheid vom 10.06.2014 aufgehoben und Herr Ge. G. folgender Verwaltungsübertretungen für schuldig erkannt:

„Sie, Herr Ge. G., haben als Arbeitgeber am 30.10.2013 in Wien, R.-gasse, die bulgarischen Staatsbürger

1. H. N., geboren 1986
2. Ni. V., geboren 1958

beschäftigt, obwohl für diese weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12 bis 12c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§15 und 4c) oder eine „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“ (§ 41a

NAG) oder ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FRG 1997) ausgestellt wurde.

Herr Ge. G. hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 25/2011.“

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Herrn Ge. G. gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 erster Strafsatz AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 25/2011 für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000,-- Euro (zusammen 2.000,-- Euro), im Falle der Uneinbringlichkeit je eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen (zusammen 4 Tage), verhängt.

Gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG hat Herr Ge. G. einen Betrag von 200,- Euro (d.s. 10% der verhängten Geldstrafen) als Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu zahlen.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG wird Herrn Ge. G. kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

### **Entscheidungsgründe**

Die Finanzpolizei Team ... erstattete mit Eingabe vom 17.12.2013 gegen Herrn Ge. G. wegen des Verdachtes von Übertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) Anzeige, weil bei einer Kontrolle am 30.10.2013 gegen 11:00 Uhr in Wien, R.-gasse, von Organen der Finanzpolizei zwei namentlich genannte bulgarische Staatsbürger arbeitend angetroffen worden seien. Herr Ni. V. (in der Folge kurz: V.) habe zum Kontrollzeitpunkt eine graue Arbeitshose und eine schwarz-orange Jacke getragen. Dieser sei beim Ausladen von Kies aus einem Kleintransporter beobachtet worden. Auf einem von diesem eigenhändig ausfüllten Personenblatt gab er an, seit dem 21.08.2013 selbstständig zu sein. Herr H. N. (in der Folge kurz: N.) habe zum Kontrollzeitpunkt eine graue Arbeitshose und eine schwarze Kapuzenjacke getragen und sei beim Tragen von Schottersäcken beobachtet worden. Auf einem Personenblatt habe dieser angegeben, seit dem 15.11.2012 selbstständig zu

sein. Der Beschuldigte habe zum Kontrollzeitpunkt eine graue Arbeitshose und eine graue Jacke getragen und sei beim Ausladen von Kies aus einem Kleintransporter beobachtet worden. Auf dem Personenblatt habe er angegeben, seit Oktober 2008 selbstständig zu sein.

Am 31.10.2013 sei mit dem Beschuldigten bei der Finanzpolizei eine Niederschrift aufgenommen worden; dabei habe er folgende Angaben gemacht:

„Ich bin Inhaber der Einzelfirma Ge. N. G.. Ich habe drei Gewerbescheine lautend auf Hausbetreuung,erspachteln von bereits monierten Gipskartonplatten und Kleintransport. Seit 14. Oktober 2008 bin ich selbstständig. Ich arbeite sehr häufig mit der Firma Gr. P. Dienstleistungen zusammen, habe aber mehrere Auftraggeber. Ich habe etwa noch drei weitere Auftraggeber. Insgesamt habe ich drei Angestellte, welche alle für DPD Transporte durchführen.

Die Hausbetreuungsaufträge führe ich normalerweise allein durch, da ich nicht immer weiß, wie viel zu tun ist, habe ich keine Angestellten für diesen Bereich, deshalb arbeite ich mit Subunternehmern mit Gewerbeschein. Diese Personen sehe ich als gleichwertige Partner an. Die beiden bei der Kontrolle vom 30.10.2013 angetroffenen bulgarischen Staatsbürger Hr. Ni. V., geb. ... 1958 und Hr. H. N., geb. ... 1986, sind ebensolche Partner, welche mit Gewerbeschein für mich arbeiten. Hr. V. kenne ich aus Bulgarien, Herrn. N. kenne ich durch seinen Bruder, da ich mit ihm gearbeitet habe. Ich arbeite seit heuer mit beiden zusammen.

Hätten beide Arbeitspapiere, würde ich sie anmelden, da sie gute Arbeiter sind und ich Leute brauchen kann.

Die Zusammenarbeit läuft so ab, dass ich die beiden per Telefon Bescheid gebe, wenn ich einen Auftrag für Hausbetreuung habe, und wir führen diesen Auftrag dann gemeinsam durch. Sollte es ein kleinerer Auftrag sein, so führe ich ihn alleine aus, sollte er größer sein fahren wir zu zweit oder zu dritt. Es gibt keinen schriftlichen, nur einen mündlichen Vertrag zwischen uns. Das Fahrzeug, mit dem wir unsere Aufträge durchführen, ist in meinem Eigentum. Sollte kleineres Werkzeug benötigt werden, teilen wir uns die Kosten. Die an mich von meinen Auftraggebern bezahlte Auftragssumme teilen wir uns durch drei, es ist also eine Pauschalzahlung. Ich glaube, dass beide noch keine Steuernummer haben. Am Ende des Jahres gehen beide mit ihrer Buchhaltung zum Steuerberater, und dieser wird sich um die nötigen Schritte kümmern. Wer ihr Steuerberater ist, weiß ich nicht.“

Betrachte man - so die Finanzpolizei weiter im oben genannten Strafantrag - zunächst die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, so sei festzuhalten, dass Herr N. und Herr V. über eine österreichische Gewerbeberechtigung mit dem Wortlaut „Hausbetreuung ...“ verfügen. Es habe aber nichts daraufhin gedeutet, dass es sich bei diesen beiden ausländischen Staatsangehörigen um

selbstständige Unternehmer handeln könnte. Ihre Tätigkeit habe sich daher auch rein faktisch in der Einbringung ihrer Arbeitskraft in einen fremden Betrieb erschöpft. Es sei ebenso kein abgrenzbares eigenes Gewerk zwischen den drei Herrn erkennbar, da sich auch die Tätigkeit der einzelnen Personen nicht unterscheide. Es sei somit zumindest von einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis auszugehen.

Zur Rechtfertigung (mit Schreiben der belangten Behörde vom 15.01.2014) aufgefordert, brachte der Beschuldigte bei seiner Einvernahme bei der belangten Behörde am 12.02.2014 vor, die beiden Ausländer verfügten über einen Gewerbeschein und seien selbstständig; er habe mit diesen einen Subunternehmervertrag. Der Vertrag sei schriftlich, damit meine er, dass der mündliche Vertrag nach der Kontrolle schriftlich aufgesetzt worden sei. Die beiden könnten sich vertreten lassen bzw. müsste er die Arbeit alleine erledigen, weil er sonst keine Subunternehmer habe (dies sei auch schon vorgekommen). Es sei immer ein Zeitfenster von 1 bis 2 Wochen, in dem der Auftrag erledigt werden müsse; innerhalb dieses Fensters könnten sich die beiden frei einteilen, wann sie den Auftrag erfüllen. Wenn man aber den Auftrag nicht gleich mache, werde er weitergegeben, man müsse schnell und gut sein. Die beiden würden etwa 2-3 mal pro Woche an Aufträgen arbeiten, die er bekommen habe. Die beiden würden ohne ihn kaum Aufträge bekommen, weil die Unternehmer nur ihn kennen und er würde ohne die Hilfe der beiden keine solchen Aufträge mehr bekommen. Die Betriebsmittel stelle im Prinzip er bereit, weil er ja die Autos zum Transportieren habe, die Putzmittel, die von den beiden gebraucht würden, zahlten diese dann bar oder er mache eine Rechnung. Bei Aufträgen vom Unternehmer P. Gr. (ca. 80 % seines Geschäftes) sei es so, dass die Arbeitsmittel vor Ort durch diesen bereitgestellt würden und er oder die beiden nur ergänzen, was fehle. Das für den Auftrag erhaltene Entgelt gehe zuerst immer an ihn und werde nach Köpfen aufgeteilt, wenn sie den Auftrag gemeinsam erledigen bzw. überreiche er es zur Gänze an die beiden, wenn sie den Auftrag alleine erledigen. Er kontrolliere die Arbeit der beiden nicht, wenn etwas nicht passen sollte, dann müssten sie es halt nochmals machen.

Der Beschuldigte legte eine Vereinbarung („Besondere Bedingungen für Subunternehmer“) vor, die zwischen ihm und Herrn N. abgeschlossen worden

sei. So heißt es etwa unter II., dass Herr G. Reinigungsleistungen an den Subunternehmer ver gebe. Die Vergabe dieser Reinigungsdienstleistungen werde in einem gesonderten Wertvertrag festgehalten und seien in diesem auch die Reinigungsleistungen sowie der vereinbarte Werklohn enthalten. Gegenstand dieser Vereinbarung seien lediglich die für jeden Werkvertrag gültigen Geschäftsbedingungen, welche als Rahmenbedingungen jeglicher Geschäftsbeziehungen zugrunde zu legen seien.

Die belangte Behörde übermittelte diese Niederschrift an die Finanzpolizei Team ... zur Kenntnisnahme.

Mit dem nunmehr beim Verwaltungsgericht Wien angefochtenen Bescheid vom 10.06.2014 wurde gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG von der Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen Herrn G. hinsichtlich des Vorwurfes, er habe als Arbeitgeber am 30.11.2013 in Wien, R.-gasse, die bulgarischen Staatsbürger N. und V. ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung beschäftigt, abgesehen und die Einstellung verfügt.

Gegen diesen Bescheid erhob die Finanzpolizei Team ... fristgerecht Beschwerde. Es wurde ausgeführt, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt des ermittelten Sachverhaltes ausnahmslos für das Vorliegen von Beschäftigungsverhältnissen spreche. Somit seien sowohl Herr N. als auch Herr V. eindeutig beschäftigt worden, und zwar wenigstens in einer arbeitnehmerähnlichen Verwendung (§ 2 Abs. 2 lit. b AuslBG).

Das Verwaltungsgericht Wien führte am 13.01.2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der Herr Ge. G. als Beschuldigter teilnahm (von Seiten der Finanzpolizei Team ... ist niemand zur Verhandlung erschienen).

Herr Ge. G. gab bei seiner Einvernahme als Beschuldigter Folgendes an:

„Ich bin seit 2004 in Österreich. Ich habe eine Firma mit drei Gewerbeberechtigungen, Sitz ist meine Wohnung, eigenes Büro habe ich nicht. Damals bekam ich hauptsächlich Aufträge von Herrn P. Gr.. Dieser hat ein großes Reinigungsunternehmen. Das Auto auf Seite 13 ist auf mich zugelassen, ich habe dieses Fahrzeug geleast. Es ist dieser eine Transit-Kastenwagen. Ich hatte damals drei solcher Kastenwagen geleast.

Herr P. Gr. hatte damals eine größere Menge von Splitt gekauft von der Firma B.. Das Auto von Herrn Gr. war kaputt. Wir haben mündlich besprochen, dass ich den Splitt mit allen Leuten vom 14. Bezirk abholen sollte. Es waren über 3 Tonnen. Ich konnte ca. 1 Tonne in den Kastenwagen einladen. Es wurden die Säcke dort mit einem Stapler hingestellt und mussten wir die Säcke händisch ein- und ausladen. Es war viel Arbeit, zu viel für eine Person. Der Abholschein ist auf Seite 13. Die Arbeit war ein Tag.

Ich hatte mit Herrn Gr. eine Pauschale für die ganze Saison. Die Saison war ab November bis April und die Pauschale war für die ganze Saison ca. 36.000,-- Euro. Ich habe Rechnungen an Herrn P. Gr. gelegt, ich habe sie heute nicht mit.

Wir mussten die Säcke in das Lager im Hof in der R.-gasse bringen. Mit den beiden Bulgaren hatte ich vorher schon zu tun, es gab von mir immer mündliche Aufträge. Ich habe die beiden angerufen und gesagt, dass ich Hilfe brauche, Herr P. Gr. hat zu mir gesagt, das Abladen sollen alle Leute machen, das gehöre zum Auftrag. Die beiden sind dann zu Herrn Gr. gekommen und habe ich sie dort getroffen. Es war viel Arbeit und haben wir in der Früh begonnen. Wir sind mit einem Auto gefahren. Wir sind dann alle drei zur B. gefahren und haben die Säcke aufgeladen und dann in die R.-gasse gefahren und haben dort die Säcke abgeladen und machten wir zusammen drei Fahrten. Bei der zweiten Fahrt war dann die Kontrolle. Den Splitt haben wir glaublich über Vermittlung der B. über eine andere Firma abholen sollen. Für diese Arbeiten hatten wir einen Tag zu tun und waren sie dann erledigt.

<Die Vertrauensperson legt eine Heftmappe mit Rechnungen von Herrn Ni. V. vor. Diese werden in Kopie zum Akt genommen.>

Wir haben für Herrn Gr. nicht nur Schnee geräumt, sondern auch geputzt. Herr Gr. verspätet sich mit den Zahlungen immer und zahlt fürs Schneeräumen erst im Jänner.

Es war so, dass dann, wenn ich z.B. eine Reinigung alleine nicht geschafft habe, ich einen der Bulgaren oder beide angerufen habe, dass sie eine bestimmte Arbeit machen. Die Pauschale soll für Stiegehäuser stehen.

Unsere ehemalige Buchhalterin Frau L. hat uns dahingehend beraten, dass wir den Vertrag auf Seite 29 aus dem Computer ausdrucken sollen und zwar nachträglich.

Meines Wissens nach ist Herr N. im Ausland und Herr V. war das letzte Mal da, er hat sich beschwert, dass er umsonst gekommen ist.

<Die Vertrauensperson gibt an, der Beschuldigte hat sich damals nicht so ausgekannt und hat Herr Gr. gesagt, es passt schon so. Herr Gr. hat uns das so erklärt, dass er ein großes Reinigungsunternehmen sei und er an den Beschuldigten einen Auftrag weiter gibt und er könne dann auch noch, wenn er Hilfe braucht und das nicht schafft, andere Personen als Selbstständige nehmen.

Der Beschuldigte hat jetzt angemeldetes Personal und keine Selbstständigen mehr>."

Der Beschuldigte verzichtet auf die Abgabe eines Schlusswortes und auf die mündliche Verkündung der Entscheidung.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 25/2011, darf ein Arbeitgeber, 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 "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG, in der Fassung gemäß BGBl. I Nr. 25/2011, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§§ 12 bis 12c) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" (§ 41a NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde, 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.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens nimmt das Verwaltungsgericht Wien als erwiesen an, dass die beiden bulgarischen Staatsbürger N. und V., für die keine arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen

vorgelegen sind, am Kontrolltag (also am 30.10.2013) in Wien, R.-gasse, vom Beschuldigten als ihrem Arbeitgeber beschäftigt worden sind und diese Verwendung der beiden Ausländer nach dem AuslBG bedienungspflichtig gewesen ist.

Die Verantwortung des Beschuldigten ging im Verfahren in die Richtung, die beiden Ausländer hätten einen Gewerbeschein gehabt und seien selbstständig tätig gewesen. Bei der dem gegenständlichen Verfahren zugrunde liegenden Kontrolle am 30.10.2013 in Wien, R.-gasse, wurden neben dem Beschuldigten die beiden bulgarischen Staatsbürger arbeitend angetroffen (beim Ausladen von Kies aus einem Kleintransporter, beim Tragen von Schottersäcken). Es geht also schon aus dem Anzeigeinhalt hervor, dass der Beschuldigte am Kontrolltag mit den beiden bulgarischen Staatsbürgern zusammen gearbeitet hat (Transporttätigkeiten). Am 31.10.2013 ist dann der Beschuldigte bei der Finanzpolizei einvernommen worden. Bei dieser Befragung merkte er etwa an, dass er die beiden Personen als Arbeiter anmelden würde, wenn diese Arbeitspapiere hätten. Er schilderte dann, wie die Zusammenarbeit mit diesen ablaufe (bei Aufträgen für die Hausbetreuung). Er erwähnte, dass er diesen per Telefon Bescheid gebe, wenn ein Auftrag vorliege und würden sie diesen gemeinsam durchführen. Es gäbe nur einen mündlichen Vertrag. Das Fahrzeug gehöre ihm. Die bezahlten Auftragssummen würden sie sich teilen (durch drei).

Bei seiner Einvernahme bei der belangten Behörde am 12.02.2014 hat der Beschuldigte dann allgemeine Ausführungen über die Geschäftsbeziehung zwischen ihm und den beiden Bulgaren gemacht. Offenbar ist er dabei nicht näher befragt worden, welche Tätigkeiten konkret am Kontrolltag durchgeführt worden sind, denn sprach er hauptsächlich vom Putzen (im Rahmen der Hausbetreuung); um diese Tätigkeiten geht es aber im vorliegenden Fall gar nicht. Im vorliegenden Fall geht es darum zu überprüfen, ob die beiden bulgarischen Staatsbürger am 30.10.2013 vom Beschuldigten iSd § 2 Abs. 2 AuslBG beschäftigt worden sind oder nicht. Die Ausführungen der belangten Behörde in der Begründung des einstellenden Bescheides sind nicht nachvollziehbar, denn sie berücksichtigen in keiner Weise den entscheidenden Sachverhalt. Die belangte Behörde hat es nämlich unterlassen, den maßgeblichen Sachverhalt (wie er sich am Kontrolltag dargestellt hat) zu



erheben und dann rechtlich zu beurteilen. Sie hat einfach einen vom Beschuldigten nachträglich aus dem Internet herunterladenden und unterschriebenen Vertrag (der zur Beurteilung des gegenständlichen Falles völlig irrelevant ist) als erheblich angesehen und ihrer Entscheidung zugrunde gelegt; es sei angemerkt, dass die Einstellung durch den Magistrat der Stadt Wien rechtswidrig erfolgt ist, worauf die beschwerdeführende Finanzpolizei zutreffend hingewiesen hat.

Der Beschuldigte ist in der mündlichen Verhandlung am 13.01.2015 näher dazu befragt worden, welchen Auftrag er am 30.10.2013 gehabt hat und wie damals der Arbeitseinsatz (von ihm und den beiden Bulgaren) tatsächlich gewesen ist. Herr P. Gr. (sein Hauptauftraggeber) habe damals – so Herr G. – eine größere Menge Split gekauft und musste dieser abgeholt werden. Es wurden die Säcke mit einem Stapler hingestellt und hätten sie diese Säcke händisch ein- und ausladen müssen. Es sei viel Arbeit gewesen (zu viel für eine Person). Sie hätten damals die Säcke in das Lager im Hof in der R.-gasse bringen müssen. Er habe die beiden angerufen und gesagt, dass er Hilfe brauche. Es sei viel Arbeit gewesen und hätten sie in der Früh begonnen (es wäre einen Tag Arbeit gewesen). Sie seien dann alle drei zur B. gefahren und hätten die Säcke aufgeladen und dann in der R.-gasse wieder abgeladen. Bei der zweiten Fahrt sei die Kontrolle gewesen.

In vorliegenden Fall war es also so, dass der Beschuldigte (von Herrn Gr.) den Auftrag gehabt hat, Split von einer bestimmten Örtlichkeit abzuholen, zu einer bestimmten Örtlichkeit zu bringen und dort in ein Lager einzuräumen. Er hat für diese Arbeit seinen Kastenwagen herangezogen. Da diese Transporttätigkeit für ihn alleine nicht zu schaffen gewesen ist, hat er die beiden Bulgaren als Hilfskräfte herangezogen. Sie haben dann zu dritt diese Arbeit erledigt (so wie es der Beschuldigte bei seiner Einvernahme geschildert hat). Schon aus den eigenen Angaben des Beschuldigten geht hervor, dass damals (was also den 30.10.2013 betrifft) kein Werkvertrag vorgelegen ist, sondern dass er die beiden bulgarischen Staatsbürger als Hilfskräfte iSd § 2 Abs. 2 AuslBG beschäftigt hat. Es konnte nicht davon ausgegangen werden, dass es zu einer echten Vergabe eines Werkvertrages an die beiden Bulgaren (für die von diesen geleisteten Tätigkeiten am Kontrolltag) gekommen ist.

Anzumerken ist, dass es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und den von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht ankommt. Obgleich es den Parteien eines Vertrages über zu erbringende Tätigkeiten grundsätzlich frei steht, ihre Rechtsbeziehungen entweder als Arbeitsverhältnis oder als anderes Rechtsverhältnis auszugestalten, so kommt es bei dieser Ausgestaltung nicht nur auf die vertragliche Bezeichnung und die Benennung von Arbeitsabläufen, sondern darauf an, wie das Beschäftigungsverhältnis von den Vertragsparteien tatsächlich in die Wirklichkeit umgesetzt wird, was in erster Linie von der Art der Tätigkeit und ihrer Verwertung durch den Beschäftigten abhängen wird. Insofern steht den Vertragsparteien kein isolierter Zugriff auf die Rechtsfolge „Arbeitsverhältnis“ bzw. „Beschäftigungsverhältnis iSd § 2 Abs. 2 AuslBG“ dahin zu, diese ungeachtet der inhaltlichen Vertragsgestaltung bzw. der tatsächlichen Umsetzung ausschließen zu können (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 20.9.2006, Zl. 2003/08/0274). Im Verfahren ist kein Hinweis darauf hervorgekommen, dass die bulgarischen Staatsbürger N. und V. über eine Betriebsorganisation verfügt hätten, mit deren Hilfe sie in der Lage gewesen wären, die von ihnen übernommenen Hilfsarbeiten (wobei es ohnehin an einem abgegrenzten Werk gefehlt hat) durch andere Personen vornehmen zu lassen (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 17.11.2004, Zl. 2001/08/0131).

Insofern der Beschuldigte auf die Gewerbeberechtigungen der Bulgaren hingewiesen hat, ist ihm Folgendes zu entgegnen:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung erkannt hat, ist der bloß formale Umstand, dass die Bulgaren im Besitz einer österreichischen Gewerbeberechtigung waren, für die Beurteilung ihrer sachverhältnismäßig festgestellten Tätigkeit dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich. Ausländer, die formell im Besitz von Gewerbeberechtigungen sind, nach der nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt vorzunehmenden Beurteilung ihrer Tätigkeit aber de facto nicht selbstständig sind, sind nicht vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen. Weder aus dem Anzeigehalt (und der angeschlossenen Niederschrift mit dem Beschuldigten) noch aus seinen Aussagen in der mündlichen Verhandlung ist ein

im Vorhinein bestimmtes, klar umrissenes Werk zu erkennen. Es würde auch nicht ausreichen, in einem „Werkvertrag“ nur den Rahmen für im Einzelfall abgeschlossene Vertragsverhältnisse abzustecken, wenn es an der für eine Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp erforderlichen Bestimmtheit der Leistungen fehlt (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 28.02.2012, ZI. 2011/09/0149).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 14.10.2011, ZI. 2011/09/0095 unter Hinweis auf seine Rechtsprechung mit Bezug auf eine ähnliche Tätigkeit von Ausländern Folgendes ausgeführt:

"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 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 Erkenntnis vom 23.05.2002, ZI. 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 totale Fehlen des einen oder anderen Merkmales muss dabei nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Die vorhandenen Merkmale werden in aller Regel unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Ihre Bewertung erfolgt nach einer Art 'beweglichem System', in dem das unterschiedliche Gewicht der einzelnen Tatbestandsmerkmale zueinander derart in eine Beziehung zu setzen ist, dass man berücksichtigt, dass eine Art von wechselseitiger Kompensation der einzelnen Gewichte vorgenommen wird. Das bedeutet nichts anderes, als dass das Fehlen wie auch eine schwache Ausprägung des einen oder anderen Merkmales durch ein besonders stark ausgeprägtes Vorhandensein eines anderen oder mehrerer anderer Merkmale ausgeglichen bzw. überkompensiert werden kann (vgl. 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 individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, dass eine Konkretisierung im 'Nachhinein' ausreiche - im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu t erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das t Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein 'gewährleistungstauglicher' Erfolg, der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei f Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks 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 Erkenntnis vom 23.05.2007, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Schon deshalb, weil sich nicht einmal entnehmen lässt, ob es sich überhaupt bei der behaupteten Vergabe an die Ausländer um ein abgrenzbares, unterscheidbares 'gewährleistungstaugliches' Werk zu dem von der B GmbH herzustellenden Werk handelt, die Ausländer gemeinsam mit einem legal Bediensteten der ...GmbH ununterscheidbar zusammenarbeiteten, geschweige denn eine Abgrenzbarkeit der von den Ausländern zu verrichtenden Tätigkeiten untereinander im Vorhinein möglich war, kann die Ansicht der belangten Behörde nicht als rechtswidrig angesehen werden, dass die Behauptung des Bestehens eines Werkvertrages zwischen der... GmbH und den Ausländern nicht dem wahren wirtschaftlichen Gehalt entspreche. ...

Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass derartige Arbeiten wie die in den obigen Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde beschriebenen Arbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf im Zusammenwirken mit anderen Arbeitern erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa das Erkenntnis vom 21.10.1998, Zl. 96/09/0183, mwN).

Hinzu kommt, dass es sich bei der gegenständlichen Tätigkeit der Ausländer ('Spachtelarbeiten') nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 AuslBG) um Hilfsarbeiten bzw. einfache manipulative Tätigkeiten handelt. Wenn jemand bei der Erbringung von Dienstleistungen arbeitend unter solchen Umständen angetroffen wird, die nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeuten (wie dies bei Hilfsarbeiten wie den gegenständlichen der Fall ist), dann ist die Behörde berechtigt, von einem Dienstverhältnis im üblichen Sinn auszugehen, sofern im Verfahren nicht jene atypischen Umstände dargelegt werden können, die einer solchen Deutung ohne nähere Untersuchung entgegenstehen (vgl. das Erkenntnis vom 03.11.2004, Zl. 2001/18/0129, mwN)"

Die Beurteilung gilt im Wesentlichen mutatis mutandis auch im vorliegenden Fall.

Zusammenfassend ist somit im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass es sich bei den Tätigkeiten der beiden bulgarischen Staatsbürger am 30.10.2013 um eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG gehandelt hat.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Im Falle eines "Ungehorsamsdeliktes" - als welches sich auch die Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG darstellt - tritt somit insofern eine Umkehrung der Beweislast ein, als die Behörde lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 27.7.1994, ZI. 94/09/0102).

Wer ein Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich vor der Ausübung über die das Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten. Es besteht daher für den Arbeitgeber die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestehen über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel, dann ist der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 27.4.1993, ZI. 90/04/0358). Auf die Auskunft von Rechtsanwälten oder Steuerberatern oder der Wirtschaftskammer allein darf sich der Arbeitgeber jedenfalls nicht verlassen (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.11.2005, ZI. 2004/09/0168).

Der Beschuldigte hat nun selbst nicht einmal behauptet, dass er sich – unter

genauer Darlegung der einzelnen Momente der konkreten Beschäftigung – über die Vertretbarkeit seiner (rechtlichen) Beurteilung der Tätigkeiten der zwei bulgarischen Staatsbürger für sein Unternehmen bei der zuständigen Behörde Gewissheit verschafft hätte; so ist im Verwaltungsstrafverfahren nicht hervorgekommen, dass der Beschuldigte beim AMS nachgefragt hätte, welche Bedeutung es habe, wenn ein ausländischer Staatsbürger, den er auf Baustellen mit Hilfstätigkeiten (Transportarbeiten, Ein- und Ausladetätigkeiten) betrauen wolle, ein freies Gewerbe angemeldet hat. Es darf auch nicht übersehen werden, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bloß einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Ablauf mit von anderen Unternehmern zu erbringenden Dienstleistungen stehen, kein selbstständiges Werk darstellen und daher nicht den Inhalt eines Werkvertrages bilden können (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 23.11.2005, Zl. 2004/09/0168 u.v.a.). Das Verwaltungsgericht Wien ist daher zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beschuldigte in den vorliegenden beiden Fällen schuldhaft gegen die einschlägige Strafbestimmung des AuslBG verstoßen hat.

Zur Strafbemessung ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Gebot des § 3 Abs. 1 AuslBG, einen ausländischen Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung nicht zu beschäftigen, dient dem öffentlichen Interesse

an der Aufrechterhaltung eines geordneten Arbeitsmarktes und dem Schutz der inländischen Arbeitnehmer (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 2.12.1993, Zl. 93/09/0186). Der objektive Unrechtsgehalt der angelasteten Taten kann daher nicht als gering gewertet werden, weil die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und - zusätzlich - zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 21.4.1994, Zl. 93/09/0423, mit weiteren Judikaturhinweisen).

Das Verschulden des Beschuldigten konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder her-vorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Bei der Strafbemessung wurde als mildernd berücksichtigt, dass der Beschuldigte zur Tatzeit noch verwaltungsstrafrechtlich unbescholten gewesen ist. Erschwerungsgründe sind im Verfahren keine hervorgekommen. Da dieser (eine) Milderungsgrund aber nicht als überwiegend im Sinne des § 20 VStG angesehen werden kann, war daher von der Möglichkeit der außerordentlichen Milderung der Strafe im vorliegenden Fall nicht Gebrauch zu machen.

Hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ging das Verwaltungsgericht Wien von den eigenen Angaben des Beschuldigten aus (verheiratet, Einkommen von rund 10.500,-- Euro jährlich, kein Vermögen, sorgepflichtig für zwei Kinder und die Ehegattin).

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und den von 1.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro reichenden ersten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG sind die nunmehr verhängten Strafen von je 1.000,-- Euro pro unberechtigt beschäftigten Ausländer durchaus angemessen und keineswegs zu hoch. Strafen in dieser Höhe sollten ausreichend sein, um den Beschuldigen künftig von strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf § 64 Abs. 2 VStG und auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

Da sich das Verwaltungsgericht Wien auf die zitierte Rechtsbesprechung des Verwaltungsgerichtshofes berufen kann, ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu verneinen. Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

### **B e l e h r u n g**

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je 240,-- Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

### **Hinweis gemäß § 28b Abs. 4 AuslBG**

Mit der rechtskräftigen Bestrafung ist die Eintragung des Beschuldigten und jenes Unternehmens, dem die Bestrafung zuzurechnen ist, in die zentrale Evidenz verwaltungsbehördlicher Strafverfahren gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 leg.cit. verbunden.

M a g. F r i t z