

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

18.11.1993

Geschäftszahl

93/09/0275

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn und Dr. Germ als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde des K in W, vertreten durch Dr. O, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 19. März 1993, Zl. MA 62-III/184/92/Str, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.570,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Auf Grund einer Anzeige des Landesarbeitsamtes Niederösterreich vom 12. Juli 1990 wurde der Beschwerdeführer vom Magistrat der Stadt Wien (an diesen war diese Anzeige vom Magistrat der Landeshauptstadt St. Pölten gemäß § 27 Abs. 1 VStG abgetreten worden) als Strafbehörde erster Instanz am 13. August 1990 zur Rechtfertigung aufgefordert, weil er es als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der F-GmbH in Wien, zu verantworten habe, daß diese vom 30. April bis 1. Juni 1990 auf der Baustelle M St. Pölten die Arbeitsleistungen von fünf namentlich genannten ausländischen Staatsbürgern (u.a. auch Stefan K und Stefan H; im folgenden kurz: K. und H.), die von der ausländischen Arbeitgeberin T-AG ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz als Hilfsarbeiter beschäftigt worden seien, in Anspruch genommen habe, ohne daß für diese Ausländer Beschäftigungsbewilligungen erteilt worden wären oder diese Befreiungsscheine besessen hätten. Der Beschwerdeführer habe dadurch Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm § 18 Abs. 1 und § 19 Abs. 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen.

Zu diesem Vorwurf gab der Beschwerdeführer am 5. September 1990 bei seiner Vernehmung als Beschuldigter

folgendes an:

"Ich bin davon ausgegangen, daß die ausländischen Staatsangehörigen Volontäre wären. Die Ausländer wurden von mir nicht bezahlt; diese sind Arbeitnehmer der Fa. T-AG. Von dieser Firma wurden die Ausländer bezahlt. T ist ein staatliches Vermittlungs (Außenhandlungs) unternehmen. Diese hat die Einschulung vermittelt. Ich habe den Arbeitnehmern 360,-- S für Diäten pro Tag bezahlt, doch geschah dies im Auftrag des Arbeitgebers T-AG und wurde von dieser mir vergütet.

Den Arbeitern wurde die Kenntnis von österreichischen Maschinen, Werkzeugen und Materialien beigebracht. Eine produktive Arbeitsleistung wurde nicht erbracht. Ich hatte keine Verfügungsgewalt über die Arbeitnehmer, es bestand von mir aus keine Arbeitspflicht, die Arbeit war jedoch im Interesse der Arbeiter.

Die Fa. T hat sich an mich gewandt zwecks Ausbildung ihrer Arbeitskräfte.

Ich habe die Ausbildung der Ausländer vor dem 30.4.1990 dem LAA Nö in St. Pölten fernmündlich angezeigt und auf Wunsch des LAA dann am 15.5.1990 schriftlich bekannt gegeben. Außerdem habe ich die Ausbildung dem LAA Wien angekündigt.

Da ich mir keiner Schuld bewußt bin, ersuche ich um Einstellung des Verfahrens."

Nach weiteren Ermittlungsschritten erließ der Magistrat der Stadt Wien den Bescheid vom 8. November 1991, mit welchem das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer gemäß § 45 Abs. 1 lit. a VStG

eingestellt wurde, weil die dem Beschwerdeführer angelastete Tat nicht mit der für eine Bestrafung erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden könne (Verlust des Erhebungsberichtes). Dieser Bescheid wurde jedoch auf Grund einer Berufung des Landesamtes Niederösterreich und ergänzender Ermittlungen mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 7. August 1992 gemäß § 66 Abs. 4 AVG aufgehoben. Ungeachtet dessen, daß dem Landesamts Niederösterreich keine Berufungslegitimation gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 8. November 1991 zugekommen ist (vgl. dazu den Beschluß des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. März 1993, Zlen. 93/09/0042, 0043 sowie das Erkenntnis vom 19. Mai 1993, Zl. 92/09/0031), muß die Frage der Rechtmäßigkeit des (unangefochten gebliebenen, in Rechtskraft erwachsenen) Bescheides des Landeshauptmannes von Wien vom 7. August 1992 dahingestellt bleiben, weil auch rechtswidrigen Bescheiden, die in Rechtskraft erwachsen sind, Verbindlichkeit zukommt (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. März 1993, Zl. 92/12/0149).

Der Beschwerdeführer wurde in der Folge mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 29. Oktober 1992 schuldig erkannt, er habe es als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der F-GmbH zu verantworten, daß diese vom 30. April bis 1. Juni 1990 auf der Baustelle M St. Pölten die Arbeitsleistungen von fünf namentlich genannten ausländischen Staatsangehörigen, die von der ausländischen Arbeitgeberin T-AG ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebsitz als Hilfsarbeiter beschäftigt worden seien, in Anspruch genommen habe, ohne daß für die Ausländer Beschäftigungsbewilligungen erteilt worden wären oder diese Befreiungsscheine besessen hätten. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm § 18 Abs. 1 und § 19 Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 1 VStG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurde über den Beschwerdeführer gemäß § 28 Abs. 1 AuslBG für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe von S 20.000,-- (zusammen S 100.000,--), im Falle der Uneinbringlichkeit 10 Tage (zusammen 50 Tage) Ersatzfreiheitsstrafe, verhängt. Gleichzeitig wurden die vom Beschwerdeführer zu ersetzenden Verfahrenskosten mit S 10.000,-- bestimmt.

Auf Grund der dagegen vom Beschwerdeführer erhobenen Berufung bestätigte der Landeshauptmann von Wien als Strafbehörde zweiter Instanz mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 19. März 1993 das erstinstanzliche Straferkenntnis gemäß § 66 Abs. 4 AVG in der Schuldfrage und im Ausspruch über die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten des Strafvollzuges mit der Maßgabe, daß es der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zu Vertretung nach außen berufenes Organ der F-GmbH mit Sitz in Wien, zu verantworten habe, daß von dieser Gesellschaft vom 30. April bis 1. Juni 1990 auf der Baustelle M St. Pölten entgegen dem § 18 AuslBG die Arbeitsleistungen (Maler- und Anstreicherarbeiten) der, von der T-AG mit Sitz in Bratislava, Slowakei, entsandten, ausländischen Staatsangehörigen J, V, P, K. und H., in Anspruch genommen worden seien, ohne daß für diese Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden sei. Der Beschwerdeführer habe dadurch fünf Verwaltungsübertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung gemäß BGBl. Nr. 231/1988 begangen. Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b dritter Strafsatz leg. cit. iVm § 9 VStG werde über den Beschwerdeführer für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe in der Höhe von S 15.000,-- (insgesamt S 75.000,--), im Falle der Uneinbringlichkeit 3 Tage (insgesamt 15 Tage) Ersatzfreiheitsstrafe verhängt. Die erstinstanzlichen Kostenbeiträge betragen demnach gemäß § 64 VStG je S 1.500,-- (insgesamt S 7.500,--). Dem Berufungswerber wurde gemäß § 65 VStG kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung der Rechtslage (§§ 3 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG) aus, der Beschwerdeführer habe in der Berufung eingewendet, das Ermittlungsverfahren habe nicht ergeben, daß auch J, V und P beschäftigt worden seien. Die auf der gegenständlichen Baustelle eingesetzten Ausländer wären nur zu Schulungszwecken in Österreich gewesen; sie hätten keine Arbeitspflicht und keinen Entgeltanspruch gehabt. Es hätte sich um ein Volontärsverhältnis gehandelt. Der Anzeige sei zu entnehmen, daß die ausländischen Arbeitskräfte auf der Baustelle eine regelrechte produktive Arbeitsleistung erbracht hätten. Der Zeuge WP habe u.a. angegeben, im Frühjahr und Sommer 1990 mehrmals die gegenständliche Baustelle kontrolliert und hierbei ausländische Arbeitskräfte der F-GmbH angetroffen zu haben; die Arbeitskräfte hätten Maler- und Anstreicherarbeiten verrichtet. Der Zeuge H. habe u.a. angegeben, im Zeitraum vom 30. April bis 1. Juni 1990 auf der gegenständlichen Baustelle gewesen zu sein. Er sei von der T-AG entsendet und bezahlt worden. Es hätte kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Beschwerdeführer bzw. der F-GmbH gegeben. Er sei von der T-AG zur Einschulung auf die Baustelle geschickt worden, weil er neue Materialien und Techniken hätte erlernen wollen. Er hätte eine Arbeitszeit einhalten müssen; dies sei von der T-AG verlangt worden. Es habe außerdem geheißen, er solle sich den Verhältnissen in Österreich anpassen. Es sei manchmal der Fall gewesen, daß Arbeiten verpatzt worden seien; sie hätten dann wiederholt werden müssen. Vom Beschwerdeführer hätten sie Diäten in Schilling erhalten, wobei dieser die Diäten mit der T-AG verrechnet hätte.

Der Zeuge K. habe u.a. angegeben, im Zeitraum vom 30. April bis 1. Juni 1990 auf der gegenständlichen Baustelle gewesen zu sein. Der städtische Baubetrieb, bei welchem er beschäftigt gewesen wäre, hätte eine Vereinbarung mit der T-AG gehabt. Sie hätten von der T-AG S 2.500,-- Kronen erhalten, keine Überstunden machen dürfen und in Österreich nur Geld für die Verpflegung bekommen. Vom Beschwerdeführer bzw. seiner Firma hätte er nur Diäten bekommen (pro Tag S 360,--). Ihre Arbeitszeit wäre 40 Stunden gewesen. Von der T-AG sei dies verlangt und auch überprüft worden. Ein Arbeitspensum hätte er nicht zu erfüllen gehabt, es sei

jedoch so gewesen, daß, wenn ein Österreicher ihm etwas gezeigt hätte, er es dann hätte nachmachen müssen. Sie seien in einer Pension untergebracht gewesen; diese hätte jede Woche der Partieführer bezahlt. Derzeit würde er noch immer bei der F-GmbH arbeiten. Bei einer weiteren Vernehmung habe K. angegeben, zur Tatzeit seien auch J, V und P auf der Baustelle gewesen; diese wären ebenfalls von der T-AG entsandt worden und hätten unter den gleichen Bedingungen wie er gearbeitet. Sie hätten auch Arbeitszeiten, nämlich die 40-Stundenwoche, einhalten müssen. Sie hätten vom Beschwerdeführer, vertreten durch einen Meister, dessen Namen er nicht wisse, pro Woche S 1.800,-- (Diäten von S 360,-- pro Tag) bekommen. Sie wären wie er zur Einschulung gewesen und hätten, wenn eine Arbeit verpatzt worden sei, diese wiederholen müssen.

Nach Wiedergabe des § 3 Abs. 5 AuslBG führte die belangte Behörde weiters aus, den Aussagen der Zeugen H. und K. sei einwandfrei zu entnehmen, daß diese zur Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit sowie zur Arbeit verpflichtet gewesen seien, mögen sie dabei auch neue Techniken kennengelernt haben. Eine Entlohnung für diese Tätigkeit habe einerseits durch die Zurverfügungstellung eines Quartiers, andererseits durch die Zahlung von Diäten und des Arbeitslohnes stattgefunden. Es sei daher sehr wohl anzunehmen, daß die ausländischen Arbeitskräfte einer Arbeitspflicht unterlegen seien sowie auch einen Entgeltanspruch gehabt hätten, sodaß deren Beschäftigung nicht unter die Bestimmung des § 3 Abs. 5 AuslBG gefallen sei. Auf Grund der Angaben des K. sei weiters als erwiesen anzunehmen, daß auch J, V und P im gegenständlichen Zeitraum auf der im Spruch genannten Baustelle unter den gleichen Bedingungen beschäftigt gewesen seien. Es handle sich daher sehr wohl um eine Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen der gegenständlichen Ausländer. Der Beschwerdeführer habe daher fünf Übertretungen gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm § 3 Abs. 1 AuslBG idF gemäß BGBl. Nr. 231/1988 begangen.

Die Abänderung des Spruches habe der Konkretisierung des als erwiesen angenommen Sachverhaltes sowie der vollständigen und richtigen Zitierung der heranzuziehenden gesetzlichen Bestimmungen gedient. Die belangte Behörde begründete abschließend noch näher die Strafbemessung.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht, nicht für eine Verwaltungsübertretung verantwortlich gemacht zu werden, die er nicht begangen habe, sowie in eventu in seinem Recht auf Verhängung bloß einer schuldangemessenen Strafe verletzt.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG in der im Beschwerdefall auf Grund der Tatzeit anzuwendenden Fassung gemäß der Novelle BGBl. Nr. 231/1988 gilt als Beschäftigung die Verwendung a) in einem Arbeitsverhältnis, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis oder d) nach den Bestimmungen des § 18. Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind gemäß § 2 Abs. 3 AuslBG a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, und

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

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer einen Befreiungsschein besitzt.

Nach Abs. 5 dieser Bestimmung bedürfen Ausländer, die ausschließlich zum Zwecke der Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis ohne Arbeitspflicht und ohne Entgeltsanspruch (Volontäre) bis drei Monate beschäftigt werden, keiner Beschäftigungsbewilligung. Die Beschäftigung ist vom Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, spätestens am Tag der Arbeitsaufnahme dem zuständigen Arbeitsamt anzuzeigen.

Nach § 18 Abs. 1 AuslBG bedürfen Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz in Inland beschäftigt werden, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer Beschäftigungsbewilligung.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der genannten Fassung (die späteren Fassungen dieser Gesetzesstelle sind nicht im Sinne des § 1 Abs. 2 VStG für den Täter günstiger) 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 dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch ein Befreiungsschein (§ 15) ausgestellt wurde.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG begeht unter denselben Voraussetzungen eine Verwaltungsübertretung, wer 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 (§ 18 Abs. 1, 4 und 7) erteilt wurde.

Aus der Systematik des AuslBG ergibt sich, daß § 3 Abs. 5 eine lex specialis zu § 2 Abs. 2 iVm § 3 Abs. 1 (bzw. dem im Beschwerdefall nicht anzuwendenden Abs. 2) AuslBG darstellt:

zeitlich befristet (nämlich bis zum Ausmaß von drei Monaten) beschäftigte Volontäre fallen nämlich, anders als z.B. die im § 1 Abs. 3 lit. f AuslBG genannten Feriapraktikanten, unter den Geltungsbereich des AuslBG, findet ihr Einsatz doch im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses statt. Bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen nach § 3 Abs. 5 AuslBG tritt jedoch an die Stelle der ansonst bestehenden Bewilligungspflicht eine den Inhaber des Betriebes, bei dem der Volontär beschäftigt ist, treffende Anzeigepflicht, deren Nichteinhaltung gemäß § 28 Abs. 2 lit. a leg. cit. als Verwaltungsübertretung strafbar ist (vgl. zur rechtlichen Wertung der Volontärverhältnisse das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. September 1990, Zl. 89/09/0127, mit Literaturhinweisen).

Im Beschwerdefall hat der Beschwerdeführer sowohl im Verwaltungsverfahren als auch in seiner Beschwerde vorgebracht, die fünf ausländischen Staatsbürger seien (ohne Arbeitspflicht und Entgeltanspruch) nur zu Schulungszwecken, also als Volontäre iSd § 3 Abs. 5 AuslBG, auf der gegenständlichen Baustelle tätig gewesen.

Ein Volontärsverhältnis im Sinne des § 3 Abs. 5 AuslBG liegt nur dann vor, wenn ALLE im folgenden genannten Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind:

1. Ein bestimmter Zweck der Beschäftigung (Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis),

2. das Fehlen der Arbeitspflicht,

3. das Nichtbestehen eines Entgeltanspruches sowie

4. die Befristung der Beschäftigung auf maximal drei Monate (vgl. dazu die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. September 1991, Zl. 91/09/0058, und vom 19. Februar 1993, Zl. 92/09/0280).

Die belangte Behörde hat ihren angefochtenen Bescheid im Ergebnis darauf gestützt, daß wegen des Bestehens einer Arbeitspflicht (Verpflichtung zur Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit) und der Entgeltlichkeit (Zahlung von Diäten und eines Arbeitslohnes, Zurverfügungstellung eines Quartieres) die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 5 AuslBG nicht vorlägen und es sich daher sehr wohl um eine Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen der gegenständlichen Ausländer handle und somit der Tatbestand nach "§ 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz" erfüllt sei (ob die belangte Behörde die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Tat zu Recht dem § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG unterstellt hat, wird noch zu prüfen sein).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers konnte die belangte Behörde auf Grund des vorliegenden Ermittlungsverfahrens zutreffend den Schluß ziehen, daß im Beschwerdefall ein Entgeltanspruch der fünf beschäftigten ausländischen Staatsbürger gegenüber der vom Beschwerdeführer gemäß § 9 Abs. 1 VStG nach außen vertretenen juristischen Person bestand. Der Beschwerdeführer hat nämlich weder im Verwaltungsverfahren noch in seiner Beschwerde bestritten, daß den fünf Ausländern für die Zeit ihrer Tätigkeit auf der gegenständlichen Baustelle von der F-GmbH (kostenlos) ein Quartier zur Verfügung gestellt worden ist. Hat jedoch die juristische Person (Inhaber des Betriebes) den fünf Ausländern, zeitlich gekoppelt mit dem "Volontärverhältnis" Wohnraum zur Verfügung gestellt (hier: kostenlose Unterbringung in einer Pension), so konnte die belangte Behörde im Beschwerdefall unbedenklich der Wohnraumüberlassung den Charakter eines Naturallohnes zumessen (vgl. dazu abermals das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. September 1990, Zl. 89/09/0127). Schon deshalb konnte die belangte Behörde im Beschwerdefall vom Vorliegen einer entgeltlichen Beschäftigung ausgehen.

Im Hinblick darauf erübrigte sich auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die den Ausländern vom Beschwerdeführer bezahlten Diäten (die dem Beschwerdeführer nach dessen eigenen Angaben dann von der T-AG vergütet worden sind) den entgeltlichen Charakter der Beschäftigung begründen oder nicht.

Konnte die belangte Behörde somit vom Vorliegen einer entgeltlichen Beschäftigung ausgehen, so fehlte es schon deshalb an einer der im § 3 Abs. 5 AuslBG normierten Voraussetzungen, sodaß auf alle übrigen Tatbestandselemente (hier: insbesondere auf die von der belangten Behörde ebenfalls angenommene und vom Beschwerdeführer in Abrede gestellten Arbeitspflicht der fünf Ausländer) nicht weiter eingegangen werden mußte.

Der Beschwerde kommt allerdings aus folgenden, von ihr nicht ins Treffen geführten Gründen, Berechtigung zu:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt der Unterschied zwischen den beiden Strafdrohungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a und b AuslBG darin, daß gemäß lit. a "das Beschäftigen" von Ausländern, in lit. b hingegen das bloße "in Anspruch nehmen" von Arbeitsleistungen betriebsentsandter Ausländer ohne ein zwischen einem inländischen Unternehmen und den Ausländern bestehendes Beschäftigungsverhältnis unter Strafe gestellt wird (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Februar 1993, Zl. 92/09/0307, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer - im Spruch des angefochtenen Bescheides - zur Last gelegt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der F-GmbH zu verantworten, daß von dieser Gesellschaft vom 30. April bis 1. Juni 1990

auf der Baustelle M St. Pölten "entgegen dem § 18 AuslBG" die Arbeitsleistungen von fünf - von der T-AG entsandten - ausländischen Staatsangehörigen in Anspruch genommen worden sind, ohne daß für diese Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden ist. In der Begründung hat die belangte Behörde dann ausgeführt, daß die Beschäftigung der fünf Ausländer auf der gegenständlichen Baustelle nicht unter die Bestimmung des § 3 Abs. 5 AuslBG gefallen sei und es sich daher sehr wohl um eine Inanspruchnahme von Arbeitsleistungen der gegenständlichen Ausländer handle. Die belangte Behörde hat diese Tat der Strafdrohung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG unterstellt. Feststellungen über vertragliche Beziehungen zwischen der F-GmbH und der ausländischen T-AG hat die belangte Behörde nicht getroffen.

Damit ist die belangte Behörde nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes - bei dem von ihr festgestellten Sachverhalt - aber einem Subsumtionsirrtum unterlegen: Nur derjenige nimmt nämlich im Bundesgebiet die Arbeitsleistung eines betriebsentsandten Ausländers im Sinn des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG in Anspruch, dem sie der ausländische Arbeitgeber zur Erfüllung einer ihm gegenüber dem inländischen Nutznießer treffenden rechtlichen Verpflichtung zur Verfügung stellt. Dies ist etwa 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 (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Oktober 1991, Zl. 91/09/0062).

Diese Fallkonstellation liegt aber im Beschwerdefall nicht vor, weil sich aus den von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen kein Hinweis auf eine (in konkreten Fall bestehende) vertragliche Beziehung zwischen dem inländischen Unternehmen des Beschwerdeführers und der ausländischen T-AG und damit auch auf eine (mögliche) Stellung der auf der gegenständlichen Baustelle eingesetzten fünf ausländischen Arbeitskräfte als betriebsentsandte Ausländer (im Sinne des § 18 AuslBG) ergibt. Hingegen folgt aus der oben festgestellten Naturalentlohnung der ausländischen Arbeitskräfte durch das Unternehmen des Beschwerdeführers das Vorliegen von deren (direkter) Beschäftigung durch dieses Unternehmen, die nach dem oben Gesagten jedoch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG zu unterstellen ist.

Da die belangte Behörde somit die von ihr als erwiesen angenommene Tat unrichtigerweise dem § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG unterstellt hat, hat sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, was zu seiner Aufhebung nach § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG zu führen hatte.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit Art. I A Z. 1 der Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 104/1991.