

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

18.05.2010

Geschäftszahl

2006/09/0076

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des Ing. M S in G, vertreten durch Dr. Klaus Rainer, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Kaiserfeldgasse 22, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Steiermark vom 23. März 2006, Zl. UVS 333.15-5/2005-40, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (weitere Parteien:

Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 23. März 2006 wurde der Beschwerdeführer nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung in Bestätigung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses für schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der S. Trockenbau GmbH G zu verantworten, dass diese Gesellschaft in der Zeit vom 3. Juni 2004 bis zum 18. Juni 2004 auf einer näher bezeichneten Baustelle einen namentlich bezeichneten kroatischen Staatsbürger beschäftigt habe, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt, noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei, noch der Ausländer im Besitz einer gültigen Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises gewesen sei. Er habe dadurch die Vorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und § 9 VStG verletzt und sei auf Grund des zweiten Strafsatzes dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 5 Tage) zu bestrafen.

Auf Grund des Ergebnisses der mündlichen Berufungsverhandlung stellte die belangte Behörde fest (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Die S. Trockenbau GmbH hatte von der S. AG beim Bauvorhaben Zentrum P-G das gesamte Gewerk Trockenbauarbeiten übernommen. Die Leistungen wurden lt. dem dem Vertrag angeschlossenen Vergabeleistungsverzeichnis zu Einheitspreisen angeboten und umfassten jeweils Arbeit und Material. Es handelte sich um den Neubau eines Geschäftszentrums in welchem im Erdgeschoss ein M-Markt sowie ein Ärztezentrum untergebracht werden sollte und in den beiden Obergeschossen sowie in einem separaten Gebäude Büroräumlichkeiten. Das Auftragschreiben der S. AG datiert vom 12.05.2004.

Am 19.05.2004 wurde mit der C. Bau Ges.m.b.H. ein Subunternehmervertrag abgeschlossen, in welchem der Gegenstand des Vertrages mit 'Trockenbauarbeiten-BFH:EKZ P.' sowie dem handschriftlichen Vermerk 'Beginn 24.05.2004' umschrieben ist. Der Vertrag wurde von dem für die Baustelle zuständigen Bauleiter der S. Trockenbau GmbH U P ausverhandelt, wobei dieser zuvor die Referenzen der Subfirma nicht überprüfte und auch nie am Firmensitz in Wien war. Das Material (Gipskartonplatten, Spachtelmasse, etc.) wurde von der S. Trockenbau GmbH zur Verfügung gestellt, das Subunternehmen stellte lediglich Kleinmaterialien wie Fugenfüller, Schrauben, Bandagen und Dübel zur Verfügung sowie das Werkzeug. Die Beauftragung des Subunternehmers wurde der S. AG mit Schreiben vom 21.05.2004 schriftlich mitgeteilt.

Die Partie der C. Bau Ges.m.b.H begann mit Trockenbauarbeiten in der Halle des zukünftigen Merkur-Marktes. Als Vorarbeiter fungierte Mato F. Mato F. erfuhr von dem nahezu täglich auf der Baustelle anwesenden Bauleiter U. P., welche Arbeiten zu welchen Terminen fertigzustellen sind und erhielt von ihm auch die Baupläne. Wenn Mato F. U. P. einen Materialbedarf meldete, wurde dieses von P. organisiert. Als F. nach ein bis zwei Wochen Einwände erhob, dass die Pläne nicht mit der Realität übereinstimmen, kam zwecks Abklärung auch noch der ebenfalls bei der S. Trockenbau GmbH beschäftigte G. N. auf die Baustelle. U. P. überprüfte auch die Aufmaße und die von der Subfirma gelegten Rechnungen, welche von ihm mit einem Prüfvermerk versehen wurden (bis zur Kontrolle vom 18.06.2004 durch das Zollamt legte die C. Bau Ges.m.b.H. mehrere Teilrechnungen, welche auch ausbezahlt wurden). Zu Beginn der Arbeiten zeigte Mato F. U. P. die Bewilligungen für die Arbeiter seiner Partie, welche aus B. R., B. P., L. J. und L. A. bestand. Obwohl Mato F. für sich selbst keine Bewilligung nach dem AuslBG vorweisen konnte untersagte ihm U. P. nicht die Weiterarbeit auf der Baustelle. Mato F. arbeitete auf der gegenständlichen Baustelle vom 03.06.2004 bis zur Kontrolle vom 18. Juni 2004 und erhielt den gleichen Lohn wie die übrigen Arbeiter seiner Partie, der von der S. Trockenbau GmbH ein Quartier in Graz zur Verfügung gestellt wurde, welches der C. Bau Ges.m.b.H. zu einem Betrag von EUR 600,00 in Rechnung gestellt wurde. Bei den wöchentlichen Baustellenbesprechungen war nie ein Vertreter der C. Bau Ges.m.b.H. anwesend. Der (Beschwerdeführer) war während der gesamten Ausführungsphase nie auf der Baustelle.

Am 18.06.2004 fand durch mehrere Beamte des Zollamtes G eine Kontrolle der gegenständlichen Baustelle statt, bei welcher die im Protokoll vom 21.06.2004 genannte, aus insgesamt fünf Personen bestehende Partie der C. Bau Ges.m.b.H. im Erdgeschoss beim Verspachteln von Gipskartonplatten angetroffen wurde. M. F. füllte an Ort und Stelle den auch in kroatischer Sprache abgefassten Erhebungsbogen in den Rubriken 'Familienname' bis 'Unterschrift' selbst aus und trug dabei unter anderem als Arbeitsbeginn den 03.06.2004 und als Verdienst EUR 1.050,00 netto ein. Am 24.06.2004 wurde mit U. P. eine Niederschrift aufgenommen, in welcher er unter anderem angab und mit seiner Unterschrift bestätigte, dass er für die Kontrolle der vor Ort tätigen Arbeiter zuständig sei und die Gipskartonplatten sowie die Spachtelmasse von der S. Trockenbau GmbH gestellt würden.

Auf der gleichen Baustelle war auch vor der Kontrolle vom 18.06.2004 eine Partie der S. Trockenbau GmbH unter dem Vorarbeiter G. N. tätig, welche im Erdgeschoss in jenen Räumen Trockenbauarbeiten durchführte, die als Tierarztpraxis vorgesehen waren. Dieser Bereich war durch eine Mauer von der Halle für den M-Markt, in welcher die Partie der C. Bau Ges.m.b.H. arbeitete, getrennt.

Nach der Kontrolle wurden lediglich die noch ausstehenden Arbeiten im Erdgeschoss von der C. Bau Ges.m.b.H. fertig gestellt. Die Arbeiten in den beiden Obergeschossen wurden von der S. Trockenbau GmbH selbst durchgeführt. Eine formelle Schlussabrechnung gab es nicht mehr weil die C. Bau Ges.m.b.H. bald darauf in Konkurs ging. Von den Teilrechnungen wurde, wie im Vertrag mit dem Subunternehmer vorgesehen, 10 % als Deckungsrücklass abgezogen. Der weiters vorgesehene 5 %ige Haftrücklass auf die Schlussrechnung konnte nicht mehr einbehalten werden, weil keine Schlussabrechnung mehr erfolgte."

Die belangte Behörde legte sodann ihre Erwägungen zur Beweiswürdigung dar. Die belangte Behörde führte aus, dass sich im gegenständlichen Fall die Ermittlungen schwierig gestalteten, weil sich alle Zeugen in Widersprüche zu früheren Aussagen verwickelt hätten bzw. teilweise offensichtlich die Unwahrheit sagten und auch die vorgelegten schriftlichen Unterlagen hinsichtlich einzelner entscheidungswesentlicher Punkte zum Beispiel bezüglich der Abgrenzung des Bauvorhabens und der Frage der Materialbeistellung unklare Formulierungen enthielten.

Hinsichtlich der Materialbeistellung sei als erwiesen angenommen worden, dass das Material überwiegend von der S. Trockenbau GmbH zur Verfügung gestellt worden sei, da sich dies aus der diesbezüglich glaubwürdigen Aussage des Mato F. und der Erstaussage von Uwe P. am 24. Juni 2004 ergebe.

In Bezug auf den Umfang der vom Subunternehmen übernommenen Trockenbauarbeiten ließen sich keine Abgrenzungen auf bestimmte Bereiche des Bauvorhabens aus den schriftlichen Unterlagen (Subunternehmervertrag, Rechnungen) entnehmen. Die Aussagen der befragten Zeugen und auch des Beschwerdeführers seien widersprüchlich. Als gesichert könne jedenfalls gelten, dass die C. Bau Ges.m.b.H. mit den Trockenbauarbeiten im Bereich der Halle des M-Marktes begonnen habe und bis zur Kontrolle vom 18. Juni 2004 auch dort tätig gewesen sei. Bei Beginn der Arbeiten sei der Umfang der vom Subunternehmer durchzuführenden Trockenbauarbeiten auch gar nicht genau festgestanden und beabsichtigt gewesen, den Subunternehmer je nach Zufriedenheit des Auftraggebers und je nach eigener Personalkapazität des Subauftraggebers mit weiteren Teilen des Bauvorhabens zu beauftragen.

Die organisatorische Eingliederung sei als erwiesen anzunehmen gewesen, da die Arbeiter der C. Bau Ges.m.b.H. und jene der S. Trockenbau GmbH zwar in getrennten Partien in verschiedenen Teilen des Bauvorhabens tätig gewesen seien, die Arbeiter der C. Bau Ges.m.b.H. jedoch von U. P. und teilweise auch von G. N. in einem wesentlich stärkeren Maße kontrolliert worden seien, als dies bei Subunternehmen üblich sei. Die diesbezüglichen Angaben des Mato F. ("Herr U. P. war fast täglich auf der Baustelle. Ich hatte seine Handynummer. Jedes Mal, wenn ich angerufen habe, ist er gekommen ...") seien durchaus glaubwürdig.

Die belangte Behörde beurteilte den von ihr festgestellten Sachverhalt nach Darstellung der Rechtslage zusammengefasst wie folgt. Unter Verweis auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellte die belangte Behörde fest, dass für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer

Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes stattfinde, und solchen, bei denen dies nicht der Fall sei, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig sei. Hiebei komme es in Zusammenhang mit dem Abgrenzungskriterium im § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG besonders darauf an, welche Betriebsergebnisse (Produkte, Dienstleistungen, etc.) üblicher Weise im Betrieb (in der betrieblichen Sphäre) des Auftraggebers angestrebt würden, ob die Belegschaft im Normalfall diese Betriebsergebnisse selbst herstelle oder der "Werkschuldner" klar im kooperativen Zusammenwirken mit den Stammarbeitskräften des "Werkbestellers" tätig sei. Handle es sich um idente, nicht unterscheidbare Arbeitsergebnisse, so deute dies darauf, dass der Auftraggeber lediglich kurzfristig den eigenen Personalstand aufstocken habe wollen, der wirtschaftliche Wille also auf Überlassung von Arbeitskräften gerichtet gewesen sei.

Die belangte Behörde kommt zu dem Schluss, dass Mato F. während des verfahrensgegenständlichen Tatzeitraumes im Unternehmen des Beschwerdeführers als überlassene Arbeitskraft beschäftigt gewesen sei und der Vertrag mit der C. Bau Ges.m.b.H. nur die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften, nicht jedoch die Herstellung eines selbstständigen Werkes zum Inhalt gehabt habe. Dies folge insbesondere daraus, dass sich weder aus dem Subunternehmervertrag noch den vorgelegten Teilrechnungen klar entnehmen lasse, auf welche Teile des weitläufigen Bauvorhabens sich der gegenständliche Subauftrag überhaupt erstreckt habe und in welchen Teilen des Gebäudes tatsächlich gearbeitet worden sei. Verwiesen wurde in diesem Zusammenhang auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. April 2004, Zl. 2002/09/0063, wonach ein Werk von vornherein (nämlich im Vertrag) ausreichend bestimmt sein müsse und nicht durch unmittelbar der Ausführung vorangehende Anweisungen des Vorarbeiters unterscheidbar gemacht werden könne, weil bereits bei Übernahme eines Werkvertrages zum Beispiel klar sein müsse, in welchem Bereich Anordnungsbefugnisse zustünden. Dies wiege umso schwerer, als im Gegenstandsfall Werkvertragsnehmer und Auftraggeber die gleichen betrieblichen Ergebnisse, nämlich eben Trockenbauarbeiten, produzierten und auch zur gleichen Zeit, wengleich in getrennten Partien auf der Baustelle gearbeitet worden sei. Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer seit Jahren die gleichen Standardtexte für Subunternehmerverträge verwende und bereits in mehreren Entscheidungen des unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark darauf hingewiesen worden sei, dass die von ihm verwendeten Formulierungen keine ausreichende Abgrenzung eines vom Werkvertragsnehmer übernommenen Auftrages zuließen.

Auch wenn im Anlassfall davon auszugehen sei, dass die Arbeiter der C. Bau Ges.m.b.H. und jene der S. Trockenbau GmbH nicht in gemischten Partien gearbeitet haben, hätte das Verfahren doch ergeben, dass die nahezu tägliche Anwesenheit des Bauleiters P. auf der Baustelle über jenes Maß hinausgegangen sei, dass üblicher Weise für die terminliche und fachliche Kontrolle eines Subunternehmers erforderlich sei. Hinzu komme, dass sich der Firmenchef der C. Bau Ges.m.b.H. auf der Baustelle überhaupt nie blicken gelassen habe. Arbeitsanweisungen seien, soweit nötig, ausschließlich von Mitarbeitern der S. Trockenbau GmbH gekommen.

Das gesamte Material, ausgenommen Kleinmaterial wie Fugenfüller, Schrauben, Bandagen und Dübel seien von der S. Trockenbau GmbH zur Verfügung gestellt worden. Das Werkzeug habe der Subunternehmer selbst beigestellt.

Zusammenfassend sei demnach das erste Abgrenzungskriterium des § 4 Abs. 2 AÜG zur Gänze und jene der Ziffern 2 und 3 teilweise als erfüllt anzusehen. In rechtlicher Hinsicht folge daraus, dass der Beschwerdeführer als Beschäftiger der überlassenen Arbeitskraft Mato F. anzusehen sei und als solcher der Strafdrohung des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG unterliege. Im Übrigen lege die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde in welcher Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend gemacht wird.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte und legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 28/2004 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, wer entgegen § 3 AuslBG einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 1.000,-- bis zu EUR 5.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 2.000,-- bis zu EUR 10.000,--, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe EUR 2.000,-- bis zu EUR 10.000,--, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 4.000,-- bis zu EUR 25.000,--.

§ 2 AuslBG in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 28/2004 lautet auszugsweise:

"§ 2. (1)

...

(2) Als Beschäftigung gilt 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, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

- a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,
- b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter,
- c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und
- d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 bis 16 auszustellen ist.

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

...

§ 4 Abs. 2 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), BGBl. Nr. 196/1988, lautet:

"§ 4. (1) 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."

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass der F., wegen dessen Beschäftigung er mit dem angefochtenen Bescheid bestraft wurde, auf der Baustelle zur Erfüllung eines dem vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens erteilten Auftrages Arbeitsleistungen erbracht hat.

In Ausführung der Beschwerde macht der Beschwerdeführer unter anderem aber geltend, ausgehend von den Feststellungen, die die belangte Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung getroffen habe, seien die erhobenen Vorwürfe verfehlt. Hinsichtlich des Arbeitsumfanges habe sehr wohl eine eindeutige räumliche Aufteilung bestanden (Halle des M-Marktes) und setze die Abrechnung gemäß dem Vertrag auf Grund der erbrachten Leistung nach Quadratmetern zwangsläufig eine unterscheidbare Werkleistung voraus. Darüber hinaus sei der Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. April 2004, Zl. 2002/09/0063, verfehlt, weil diesem Erkenntnis ein völlig anders gelagerter Sachverhalt zu Grunde gelegen sei. Denn im gegenständlichen Fall sei bereits zu Arbeitsbeginn festgestanden, dass die C. Bau Ges.m.b.H. sämtliche im Bereich des späteren M-Marktes auszuführenden Trockenbauarbeiten herzustellen gehabt habe.

Mit dem Vorbringen, der Arbeitsumfang sei bereits zu Arbeitsbeginn festgestanden, entfernt sich der Beschwerdeführer allerdings von den Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde. Damit wird eine Behauptung den Feststellungen der belangten Behörde gegenübergestellt, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, da die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nämlich nicht befugt, an die Stelle einer schlüssigen Beweiswürdigung der belangten Behörde eine andere Beweiswürdigung zu setzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300, und vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0285). Im Übrigen ist etwa in dem in den Akten des Verwaltungsverfahrens einliegenden "Subunternehmervertrag" vom 19. Mai 2004 ein abgegrenztes Werk, etwa im M-Markt, nicht umschrieben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat schon in seinem Erkenntnis vom 16. September 2009, Zl. 2009/09/0150, unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass eine Leistung, die bei Vertragsabschluss nicht im Vorhinein eindeutig bestimmt ist, sondern erst nach diesem Zeitpunkt auf einer Baustelle "an Ort und Stelle festgelegt" werden soll, kein Werk darstellt und keine Grundlage einer Gewährleistung sein kann. Die belangte Behörde hat überdies anhand der einzelnen Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG im Detail untersucht, welche Elemente der praktizierten Vertragskonstruktion für bzw. gegen das Vorliegen eines Werkvertrages sprachen. Die Beurteilung der belangten Behörde, dass unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes im vorliegenden Fall die Aspekte einer Arbeitskräfteüberlassung jene eines Werkvertrages überwogen und daher eine Beschäftigung der Ausländer im Sinne des § 2 AuslBG vorlag, kann nicht als rechtswidrig erachtet werden.

Dazu ist auch anzumerken, dass der Beschwerdeführer bereits bei Abschluss des Subunternehmervertrages vom 19. Mai 2004 auf Grund des in den Akten einliegenden Vergabeleistungsverzeichnisses die einzelnen Baubereiche (Ärztzentrum, Bürogebäude und Markt) und die vorzunehmenden Leistungen kannte.

In Bezug auf die Feststellungen der belangten Behörde zur organisatorischen Eingliederung in den Betrieb des Werkbestellers rügt der Beschwerdeführer die Beweiswürdigung dahingehend, dass die nahezu tägliche Anwesenheit des U P. auf der Baustelle an sich nicht möglich gewesen sein könne, und selbst aus einer nahezu täglichen Anwesenheit des U P. auf der Baustelle nicht die Schlussfolgerung der Erfüllung des § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG gezogen werden könne. Es würden keine Beweisergebnisse vorliegen, wonach von U P. in den Arbeitsablauf eingegriffen worden wäre bzw. dass direkte Weisungen an Arbeiter ergangen wären.

Die belangte Behörde führt durchaus schlüssig aus, dass sie auf Grund der Aussagen des Zeugen Mato F. von einer Kontrolle in einem wesentlich stärkeren Maße ausgegangen sei, als dies bei Subunternehmen üblich sei.

Bei der Beurteilung des konkret erhobenen Sachverhaltes geht es darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und das Gesamtbild daraufhin zu bewerten, ob wirtschaftliche Unselbständigkeit vorliegt oder nicht. Das völlige 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. die hg. Erkenntnisse vom 15. September 2004, Zl. 2001/09/0122, und vom 16. Oktober 2008, Zl. 2008/09/0232).

Die belangte Behörde hat die Tatbestandsmerkmale der Ziffern 1 bis 4 des § 4 Abs. 2 AÜG zueinander in Verhältnis gesetzt und ging von einer starken Ausprägung der Ziffer 1 sowie einer schwächeren Ausprägung der Ziffern 2 und 3 aus. Somit erachtete die belangte Behörde das Merkmal der organisatorischen Eingliederung als schwächer ausgebildet bzw. nur teilweise erfüllt an ("...demnach das erste Abgrenzungskriterium des § 4 Abs. 2 AÜG zur Gänze und jene der Ziffern 2 und 3 teilweise als erfüllt..."), dafür spricht das Merkmal einer über das übliche Maß hinausgehenden Kontrolle.

Die belangte Behörde ging von einer teilweisen Erfüllung der Ziffer 2 des § 4 Abs. 2 AÜG wegen der Bereitstellung des Materials durch das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen aus, was für sich alleine zwar keine Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung nach sich zieht, aber von der belangten Behörde in die Gesamtbetrachtung im Rahmen des "beweglichen Systems" einbezogen werden durfte. Aus dem vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten hg. Erkenntnis vom 20. November 2003, Zl. 2000/09/0173, kann nicht der Schluss gezogen werden, die Frage der Materialbeistellung wäre für die Beurteilung, ob eine Verwendung überlassener Arbeitskräfte vorliegt, nicht beachtlich. Im vorliegenden Fall, in dem sich die Tätigkeit der Arbeitskraft von der Tätigkeit der Arbeitskräfte des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens nicht unterschied, hat dies vielmehr sehr wohl Bedeutung.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Kostenersatz gebührt, entgegen der Forderung der belangten Behörde, dem Bund (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2003, Zl. 2002/05/0072).

Wien, am 18. Mai 2010