



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Doblinger sowie den Hofrat Mag. Feiel und die Hofrätin Mag. Bayer als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Hahn, LL.M., über die außerordentliche Revision 1. des Dr. A B und 2. der C GmbH, beide vertreten durch die Eisenberger Rechtsanwälte GmbH in Graz, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 18. Februar 2025, 405-7/1441/1/26-2025, 405-7/1447/1/13-2025, 405-7/1450/1/13-2025, 405-7/1444/1/26-2025 und 405-7/1449/1/13-2025, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Zell am See), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird im angefochtenen Umfang, somit hinsichtlich seiner Spruchpunkte I.3., I.4. und II., wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Erstrevisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Der Erstrevisionswerber ist handelsrechtlicher Geschäftsführer - und damit das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ - der zweitrevisionswerbenden Partei, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
- 2 Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Zell am See (vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde) vom 17. November 2024, ZE/68122061951, wurde der Erstrevisionswerber in der genannten Funktion wegen zehn Übertretungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 2 Abs. 3 lit. c Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) schuldig erkannt, weil die zweitrevisionswerbende Partei dieser durch die D GmbH überlassene zehn namentlich genannte ausländische Staatsangehörige in jeweils datumsmäßig angeführten Zeiträumen beschäftigt habe, obwohl für diese dem Beschäftiger bzw. Arbeitgeber im Sinn des § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG keine der im Einzelnen aufgezählten Bewilligungen erteilt oder Bestätigungen



ausgestellt gewesen seien. Über ihn wurden hierfür gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG Geldstrafen von jeweils 2.000 Euro (für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt und die Haftung der zweitrevisionswerbenden Partei gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen.

- 3 Mit weiterem Straferkenntnis vom 27. November 2024, ZE/681230009449, wurde der Erstrevisionswerber wegen gleichartiger Vorwürfe schuldig erkannt, über ihn Geldstrafen von jeweils 2.000 Euro (für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen) verhängt und die Haftung der zweitrevisionswerbenden Partei gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen, wobei in diesen Fällen die 63 namentlich genannten ausländischen Staatsangehörigen von der E GmbH überlassen worden seien.
- 4 Mit Straferkenntnis vom 10. Dezember 2024, ZE/681220022708, wurde über den Erstrevisionswerber im gleichen Sinn betreffend die Beschäftigung eines von der F GmbH überlassenen irakischen Staatsangehörigen eine Geldstrafe von 1.000 Euro (eine Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit) verhängt und die Haftung der zweitrevisionswerbenden Partei gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen.
- 5 In eben dieser Weise wurde mit Straferkenntnis auch vom 10. Dezember 2024, ZE/681220055806, bezüglich einer solchen Beschäftigung eines von der G KG überlassenen syrischen Staatsangehörigen abgesprochen.
- 6 Mit Straferkenntnis ebenfalls vom 10. Dezember 2024, ZE/681220060832, wurde schließlich über den Erstrevisionswerber in dieser Weise wegen der Beschäftigung eines durch die H GmbH überlassenen syrischen Staatsangehörigen eine Geldstrafe von 1.000 Euro (für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt und die Haftung der zweitrevisionswerbenden Partei gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen.
- 7 Über die von den revisionswerbenden Parteien gegen diese Straferkenntnisse erhobenen Beschwerden entschied das Landesverwaltungsgericht Salzburg nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit dem angefochtenen Erkenntnis wie folgt:



„I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird den Beschwerden gegen die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft Zell am See betreffend einzelne Spruchpunkte teilweise stattgegeben.

I.1. Die Spruchpunkte 1., 5., 6., 8. und 9. des Straferkenntnisses vom 17.11.2024, Zahl ZE/681220061951, werden behoben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

I.2. Das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Zell am See

- vom 17.11.2024, Zahl ZE/681220061951, wird im Umfang seiner Spruchpunkte 7. und 10.
- vom 27.11.2024, Zahl ZE/681230009449, wird im Umfang seiner Spruchpunkte 24., 27., 38., 45. und 49.
- vom 10.12.2024, Zahl ZE/681220055806, wird in seinem gesamten Umfang aufgehoben und die gegen den Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG geführten Verwaltungsstrafverfahren in diesem Umfang gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

I.3. Die übrigen Spruchpunkte sowie die Straferkenntnisse zu den Zahlen ZE/681220022708 und ZE/681220060832 bleiben unverändert.

I.4. Die zu entrichtende Gesamtstrafe (ohne Kosten des Strafverfahrens), die Kosten des Strafverfahrens und die Ersatzfreiheitsstrafe werden jeweils herabgesetzt wie folgt:

Gesamtstrafe (ohne Kosten des Strafverfahrens):
von € 149.000,- auf € 124.000,-

Kosten des Strafverfahrens:
von € 14.900,- auf € 12.400,-

Ersatzfreiheitsstrafe:
von 207 Tagen und 22 Stunden auf 173 Tage und eine Stunde

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 24.800,- zu leisten.

III. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.“

8 Das Verwaltungsgericht stellte dazu, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen fest, im November 2021 hätten sich vier firmenmäßig bezeichnete Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu einer Arbeitsgemeinschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts



zusammengeschlossen. Diese Gesellschaft sei als Außengesellschaft konzipiert und unter dem Namen „ARGE für I“ (im Folgenden kurz: ARGE) nach außen aufgetreten. Zweck dieser ARGE sei die Umsetzung einer Rahmenvereinbarung zur Durchführung von SARS-CoV-2 Testungen, im Besonderen die Organisation und Abwicklung von Testungen, die Durchführung der Laboranalyse inklusive Befundung und Auswertung der Ergebnisse sowie die Durchführung von Screening-Maßnahmen gewesen. Die ARGE habe dabei primär eine Verrechnungsstellenfunktion eingenommen.

- 9 Die zweitrevisionswerbende Partei sei am 22. Februar 2021 als Joint Venture zweier näher bezeichneter Gesellschaften mit beschränkter Haftung gegründet worden. Im Rahmen der Corona-Pandemie habe sie vor allem PCR-Tests ausgewertet und sei der Erstrevisionswerber im verfahrensgegenständlich relevanten Zeitraum ihr Geschäftsführer gewesen. Mit Gesellschafterbeschluss und Geschäftsführungsvertrag von November 2021 sei der zweitrevisionswerbenden Partei die Geschäftsführungsbefugnis zur Führung der Geschäfte der ARGE eingeräumt worden.
- 10 Um ausreichend Arbeitskräfte zu rekrutieren und die Vielzahl von Tests auszuwerten, seien mit circa zehn Leiharbeitsfirmen Verträge abgeschlossen worden. Insbesondere sei „formal“ zwischen der ARGE als Auftraggeberin und der E GmbH als Auftragnehmerin am 10. Jänner 2022 bzw. mit der H GmbH als Auftragnehmerin am 1. Februar 2022 eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen worden. Demnach habe die Auftraggeberin Mitarbeiter vom Auftragnehmer am Standort Wals-Siezenheim einsetzen können. Zwischen der zweitrevisionswerbenden Partei als Auftraggeberin seien am 1. Februar 2022 zwei weitere ähnlich formulierte schriftliche Vereinbarungen mit der D GmbH [auch: D GmbH] bzw. der G KG sowie am 7. Februar 2022 mit der F GmbH als Auftragnehmerinnen abgeschlossen worden. Unabhängig von diesen formal abgeschlossenen Vereinbarungen seien die überlassenen Arbeitskräfte für die zweitrevisionswerbende Partei tätig gewesen.
- 11 Der verfahrensgegenständliche Tätigkeitsinhalt sei - zusammengefasst - im Auspacken und Vorbereiten von „Covid-19-Schultests“ für den Pooling-Prozess in einer ehemaligen großen Fabrikshalle in Wals-Siezenheim



gelegen. Hierbei habe es sich um eine niederqualifizierte und einfache Tätigkeit gehandelt. Die zweitrevisionswerbende Partei sei für das Gewerbe „Organisatorische Vor- und Nacharbeitung von virologischen Testungen an Menschen“ Gewerbeinhaberin vor Ort gewesen. Die tätigen Personen hätten kein unternehmerisches Risiko getragen und seien von der zweitrevisionswerbenden Partei mit Schutzausrüstung ausgestattet und eingewiesen worden.

- 12 Das Verwaltungsgericht stellte weiter fest, dass die Personalanforderung, Kontrolle der Leistungserbringung durch die Leiharbeitsfirmen sowie Abrechnung durch die zweitrevisionswerbende Partei erfolgt sei. Es sei jedoch nicht geprüft worden, ob die Arbeitskräfte eine Beschäftigungsbewilligung hätten, es seien in diesem Zusammenhang keine ausreichenden Rechtsauskünfte eingeholt und es sei kein wirksames Kontrollsystem in Hinblick auf die Einhaltung des § 3 Abs. 1 AuslBG dargelegt worden.
- 13 Darüber hinaus traf das Verwaltungsgericht Feststellungen zu den Arbeitszeiten der beschäftigten Personen, ihrem Aufenthaltsstatus sowie ihrem Zugang zum Arbeitsmarkt im jeweiligen Zeitraum.
- 14 Beweiswürdigend führte das Verwaltungsgericht aus, dass sich der Sachverhalt aus den verfahrensauslösenden Strafanträgen sowie den näher aufgezählten Beilagenkonvoluten ergebe.
- 15 Zwar seien die schriftlichen Überlassungsverträge mit der E GmbH und der H GmbH formal nicht mit der zweitrevisionswerbenden Partei, sondern mit der ARGE abgeschlossen worden. Entgegen dem Beschwerdevorbringen habe sich in der Verhandlung jedoch zweifelsfrei gezeigt, dass die Arbeitskräfte von den Leiharbeitsfirmen an die zweitrevisionswerbende Partei überlassen und von dieser beschäftigt worden seien, habe diese doch die Schutzausrüstung zur Verfügung gestellt und die Personen eingewiesen. Auch seien die Rahmenverträge mit den Leiharbeitsfirmen nach der Aussage der weiteren Geschäftsführerin der zweitrevisionswerbenden Partei mit dieser als Beschäftigterin abgeschlossen worden. Auch wenn der Zeuge J ausgesagt habe, Arbeitskräfte für die ARGE angefordert zu haben, ändere dies nichts. So habe



er nach eigener Auskunft auch die Rechnungen der E GmbH kontrolliert. Diese seien an die ARGE adressiert worden und auch der Rahmenvertrag sei „formal“ zwischen der ARGE und der E GmbH abgeschlossen worden. Der Zeuge habe die Abrechnungen und den Rahmenvertrag gekannt und daher wohl irrtümlich den Schluss gezogen, dass die ARGE Beschäftigterin gewesen sei, habe doch auch er selbst seine Rechnungen an die ARGE adressiert. Aus allen übrigen Aussagen ergebe sich jedoch, dass die Arbeitskräfte für die zweitrevisionswerbende Partei tätig gewesen seien. Darüber hinaus sei dem sinngemäßen Vorbringen des Erstrevisionswerbers, dass die ARGE zum Teil Beschäftigterin gewesen sei, bereits an dieser Stelle rechtlich zu entgegnen, dass es sich bei der ARGE unstrittig um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handle, welche mangels Rechtsfähigkeit nicht Dienst-/Arbeitgeberin sein könne.

16 Die aktenkundigen Beschäftigungszeiten seien festzustellen gewesen, zumal diese zeitnah (zum Teil rückwirkend) von den Leiharbeitsfirmen der ÖGK gemeldet worden seien. Dies habe den jeweiligen Zeitraum, innerhalb dessen ein Dienstverhältnis bestanden habe, ergeben. Die Zeiträume deckten sich im Regelfall mit den übermittelten Arbeitszeitaufzeichnungen. Dienstnehmer, die weder zur Sozialversicherung angemeldet gewesen, noch auf Arbeitszeitaufzeichnungen aufgeschienen wären, seien im Verfahren nicht hervorgekommen. Im Ergebnis decke sich die Rechnungslegung mit der Stundenanzahl auf den Arbeitszeitaufzeichnungen. Ferner sei von einem einvernommenen Zeugen bestätigt worden, dass die Zahl der eingesetzten Personen mit jener der angeforderten Anzahl - und sohin auch mit den verrechneten Stunden - übereingestimmt habe.

17 Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ging das Verwaltungsgericht nach Wiedergabe gesetzlicher Bestimmungen und Darlegung von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zunächst auf Beweisanträge ein, denen es nicht entsprochen hatte, wobei es insbesondere ausführte, dass alle vom Erstrevisionswerber beantragten Zeugen geladen worden seien. Einzelne Zeugen seien krankheitsbedingt, andere unentschuldigt der Verhandlung ferngeblieben. Insbesondere seien drei nicht erschienene Personen



[Geschäftsführer der E GmbH, F GmbH und der D GmbH] als Zeugen zum Beweis dafür namhaft gemacht gewesen, dass „die ARGE mit den Leiharbeitsfirmen umfassend über deren Verpflichtungen verhandelt hat und dabei die Bedeutung der Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG im Vordergrund stand“. Die Einvernahme dieser beantragen Zeugen sei zu diesem Beweiszweck nicht notwendig gewesen, zumal zivilrechtliche Vereinbarungen mit den Leiharbeitsfirmen die Beschäftigterin nicht vor Strafen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz exkulpieren würden.

- 18 In der Sache selbst hielt das Verwaltungsgericht zur Arbeitskräfteüberlassung fest, dass sich aus den Sachverhaltsfeststellungen zweifelsfrei ergebe, dass, dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht der äußeren Erscheinungsform entsprechend (§ 4 Abs. 1 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG), die Arbeitskräfte von der jeweiligen Leiharbeitsfirma an die zweitrevisionswerbende Partei überlassen worden seien. Diese habe die Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben eingesetzt und sei folglich Beschäftigterin im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG gewesen.
- 19 Die Arbeitskräfte hätten einfache Hilfstätigkeiten im Rahmen einer betrieblichen Organisation erbracht und Betriebsmittel in Form von Schutzausrüstung zur Verfügung gestellt bekommen. Sie hätten aufgrund der Anforderungen der übernommenen Tätigkeit den Ablauf der Arbeit nicht selbst bestimmen können und seien in die Betriebsorganisation eingebunden gewesen. Die Arbeitskräfte seien folglich bei der zweitrevisionswerbenden Partei (Arbeitgeber im Sinn des § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG) beschäftigt gewesen.
- 20 Dem Einwand, dass einzelne Dienstnehmer am Standort Bergheim bzw. nicht am Standort Wals-Siezenheim tätig gewesen seien, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass der Ort der Beschäftigung von der belangten Behörde nicht vorgeworfen worden sei. Eine Verletzung des § 44a VStG liege dadurch nicht vor, zumal die Angabe des Firmensitzes des Arbeitgebers im Spruch des Straferkenntnisses als Tatortangabe der unerlaubten Ausländerbeschäftigung ausreiche.





- 21 Nach näheren Ausführungen zur subjektiven Tatseite, der Strafbemessung sowie den Verfahrenskosten begründete das Verwaltungsgericht die Unzulässigkeit der Revision fallunspezifisch mit dem Fehlen grundsätzlicher Rechtsfragen.
- 22 Gegen die Spruchpunkte I.3, I.4 und II. dieses Erkenntnisses richtet sich die außerordentliche Revision wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Eine Revisionsbeantwortung wurde in dem vom Verwaltungsgerichtshof durchgeführten Vorverfahren, in dem die revisionswerbenden Parteien einen weiteren Schriftsatz einbrachten, nicht erstattet.
- 23 Die revisionswerbenden Parteien machen zur Zulässigkeit ihrer Revision zunächst einerseits geltend, dass das Verwaltungsgericht nach Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens betreffend sieben von zehn Tatvorwürfen im zuerst genannten behördlichen Straferkenntnis vom 17. November 2024 insoweit zu Unrecht weiterhin den dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG angewendet habe. Andererseits sei das Verwaltungsgericht entgegen der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon ausgegangen, dass es sich bei der zweitrevisionswerbenden Partei um die Beschäftigterin der Leiharbeiter gehandelt habe. So sei der Zuschlag für die Durchführung der PCR-Tests den in der ARGE zusammengeschlossenen Gesellschaften [im Folgenden kurz: ARGE-Gesellschaften] erteilt worden, die die Halle angemietet, Verträge mit zahlreichen Leiharbeitsunternehmen geschlossen und die Rechnungen bezahlt hätten. Der wirtschaftliche Vorteil durch die Beschäftigung der Leiharbeitnehmer sei ebenfalls den ARGE-Gesellschaften zugekommen. Die vom Verwaltungsgericht verwendete Argumentation, dass die ARGE keine Rechtspersönlichkeit habe, verkenne, dass hinter dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts Unternehmen oder Personen mit Rechtspersönlichkeit stünden. In diesem Zusammenhang wird auch ein Mangel in der Begründung, weshalb die zweitrevisionswerbende Partei die Leiharbeiter beschäftigt haben solle, geltend gemacht.



Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 24 Die Revision ist entgegen dem - den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 34 Abs. 1a VwGG nicht bindenden - Ausspruch des Verwaltungsgerichts nach § 25a Abs. 1 VwGG schon aus den aufgezeigten Gründen zulässig. Sie ist auch begründet.
- 25 Im vorliegenden Fall wurde dem Erstrevisionswerber die rechtswidrige Beschäftigung überlassener Ausländer nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG durch die zweitrevisionswerbende Partei vorgeworfen. Das Verwaltungsgericht ging dabei davon aus, dass diese unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Beschäftigterin der Ausländer gewesen sei, während die revisionswerbenden Parteien den - vorweg zu prüfenden - Einwand erhoben, dass nicht die zweitrevisionswerbende Partei, sondern die ARGE als Beschäftigterin anzusehen sei.
- 26 Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - um die Verwendung von ausländischen Arbeitskräften als Beschäftigung im Sinn des § 3 Abs. 1 AuslBG zu qualifizieren - keinen Unterschied macht, ob derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, selbst Arbeitgeber der Ausländer ist, oder ob im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG in Verbindung mit dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz die Verwendung überlassener Arbeitskräfte erfolgt. In beiden Fällen ist derjenige, der die Arbeitskräfte verwendet, ohne dass er oder der Ausländer im Besitz einer entsprechenden Bewilligung oder Bestätigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ist, wegen Übertretung des § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG strafbar. Dem im Ausländerbeschäftigungsgesetz geregelten Beschäftigungsbegriff (§ 2 Abs. 2) in Verbindung mit der nachfolgenden Regelung des Arbeitgeberbegriffs (§ 2 Abs. 3) ist dabei eindeutig zu entnehmen, dass im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung (im Sinn des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes) neben dem als Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskräfte zu behandelnden Überlasser auch der Beschäftigter einem Arbeitgeber gleichzuhalten ist. Demnach können sowohl der Beschäftigter als auch der Überlasser (von überlassenen Arbeitskräften) Täter



einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG sein (siehe zum Ganzen VwGH 10.6.2022, Fe 2022/09/0001, Rn. 35 f, mwN).

- 27 Wegen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG kann andererseits aber nur bestraft werden, wer diese verwendet, wer also Arbeitskräfte eines Überlassers im Sinn des § 3 Abs. 3 AÜG „zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt“. Diese Voraussetzung ist nicht schon dadurch erfüllt, dass ein Unternehmen ihm überlassene Arbeitskräfte einem Dritten weiter überlässt, der diese erst in seinem eigenen Betrieb verwendet. In einer bloßen „Zwischenüberlassung“ von Arbeitskräften kann keine Verwendung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG gesehen werden. Vielmehr kann nur derjenige als Beschäftiger überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG angesehen werden, der diese Arbeitskräfte im Rahmen der Erfüllung eigener „Aufgaben“ einsetzt, was jedenfalls ein Mindestmaß an organisatorischen Vorkehrungen voraussetzt (vgl. dazu VwGH 10.3.1999, 97/09/0209, VwSlg. 15.095 A).
- 28 Gemäß der Verweisungsbestimmung des § 38 VwGVG gilt im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswegigkeitsprinzip und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist. Das Verwaltungsgericht hat aber neben der Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhalts erforderlichen Beweise auch die Pflicht auf das Parteivorbringen, soweit es für die Feststellung des Sachverhalts von Bedeutung sein kann, einzugehen. Das Verwaltungsgericht darf sich über erhebliche Behauptungen und Beweisanträge nicht ohne Ermittlungen und ohne Begründung hinwegsetzen. Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist dem AVG (vgl. zur Anwendbarkeit im vorliegenden Fall § 38 VwGVG iVm § 24 VStG und § 45 Abs. 2 AVG) eine antizipierende Beweiswürdigung fremd und dürfen Beweisanträge nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel - ohne unzulässige Vorwegnahme



der Beweiswürdigung - untauglich bzw. an sich nicht geeignet ist, über den beweiserheblichen Gegenstand einen Beweis zu liefern (vgl. unter vielen VwGH 4.4.2024, Ra 2023/09/0183, mwN).

- 29 Der Begriff der „Beschäftigung“ ist ein Rechtsbegriff und ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt nach § 2 Abs. 4 AuslBG - wie das Verwaltungsgericht insoweit zutreffend erkannte - der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Grundlage für die rechtliche Würdigung ist jedoch ein ausreichend erhobener Sachverhalt (siehe dazu etwa VwGH 5.11.2014, Ro 2014/09/0050, mwN).
- 30 Nach dem zuvor Gesagten sind im vorliegenden Fall vor einer rechtlichen Beurteilung, wer die überlassenen Ausländer zur Erfüllung eigenbetrieblicher Aufgaben verwendete, konkrete Feststellungen dazu zu treffen, welche Aufgaben der hier gegenständlichen Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Auswertung von Corona-Tests von wem eigenwirtschaftlich zu erledigen waren.
- 31 Wenn nun das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang die Einvernahme der beantragten und geladenen, aber nicht erschienenen Zeugen - insbesondere der Geschäftsführer der die Ausländer überlassenden Unternehmen - deshalb nicht (mehr) für erforderlich erachtete, weil zivilrechtliche Vereinbarungen nicht vor Strafen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz exkulpieren könnten, greift dies zu kurz.
- 32 Zwar ist nicht ausschließlich maßgeblich, zwischen welchen Unternehmen die Leiharbeitsverträge „formal“ abgeschlossen wurden. Diese Zeugen wurden jedoch auch dafür geführt, dass zwischen der ARGE und den Leiharbeitsunternehmen Verhandlungen stattfanden. Diesem Umstand kann bei der Beurteilung, wer Beschäftiger der Ausländer war, die Relevanz nicht von vornherein abgesprochen werden, kommt es doch darauf an, für welche betriebseigenen Aufgaben die Ausländer eingesetzt wurden. Der Umstand, dass die vom Verwaltungsgericht geladenen Zeugen zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen waren, hätte das Verwaltungsgericht jedenfalls nicht dazu



veranlassen dürfen, von deren Einvernahme abzusehen (siehe auch dazu VwGH 4.4.2024, Ra 2023/09/0183, mwN).

- 33 Die vom Verwaltungsgericht ferner herangezogene Begründung, dass die ARGE mangels Rechtspersönlichkeit nicht Beschäftigterin sein könne, übersieht, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Arbeitsgemeinschaften als Gesellschaften bürgerlichen Rechts zwar die Rechtspersönlichkeit fehlt und diese mangels Rechtsfähigkeit nicht (selbst) Dienstgeberin sein können. Diese Eigenschaft kommt aber in einem solchen Fall den einzelnen Gesellschaftern der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu. Arbeitgeberin der für eine Arbeitsgemeinschaft tätigen Arbeitnehmer sind damit alle Mitglieder dieser Gemeinschaft (vgl. VwGH 24.1.2008, 2007/09/0338; 19.1.1995, 93/18/0230, jeweils mwN). Demnach ist grundsätzlich jeder Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Beschäftigter nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz strafrechtlich verantwortlich (vgl. VwGH 8.11.2016, Ra 2016/09/0105, mwN).
- 34 Vor allem aber hätte das Verwaltungsgericht nach vollständiger Beweisaufnahme ausgehend von dem von ihm angesprochenen Zweck der ARGE, nämlich der Umsetzung einer Rahmenvereinbarung betreffend die Organisation und Abwicklung von SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen, welche die ARGE nach Erhalt des Auftrags als Bietergemeinschaft durch die K GmbH abgeschlossen hatte, zunächst konkrete Feststellungen dazu zu treffen gehabt, was die der ARGE von der öffentlichen Hand beauftragten Tätigkeiten waren. In einem zweiten Schritt bedarf es belastbarer Feststellungen, ob und gegebenenfalls auf welche Weise welche dieser Aufgaben an Dritte (wie etwa die zweitrevisionswerbende Partei) zur Erledigung auf eigene Rechnung weitergegeben wurden, oder ob die zweitrevisionswerbende Partei - wie die revisionswerbenden Parteien vorbrachten - lediglich mit der Geschäftsführung der ARGE betraut war. Sollte die zweitrevisionswerbende Partei entsprechend dem Geschäftsführungsvertrag lediglich mit der Überprüfung von Eingangsrechnungen auf ihre sachliche und rechnerische Richtigkeit sowie der Führung des Rechnungswesens samt Fakturierung und Mahnwesen bezüglich der Abrechnungen an die Kunden bzw. Auftragnehmer beauftragt gewesen



sein, spräche dies gegen eine Überwälzung der die ARGE treffenden Pflichten aus der Rahmenvereinbarung. Die Einbindung der zweitrevisionswerbenden Partei in die Abrechnung mit den Leiharbeitsunternehmen sagt in diesem Zusammenhang noch nichts darüber aus, wer Beschäftigter war, wäre sie für eine solche doch auch als Geschäftsführerin der ARGE zuständig gewesen.

35 Erst anhand solch konkreter Feststellungen zu den die einzelnen Unternehmen treffenden Pflichten, kann eine Beurteilung erfolgen, für wessen betriebseigene Aufgaben die Ausländer eingesetzt wurden.

36 Auf Basis der vom Verwaltungsgericht getroffenen Feststellungen kann noch nicht der Schluss gezogen werden, dass die zweitrevisionswerbende Partei in wirtschaftlicher Betrachtungsweise Beschäftigterin überlassener Arbeitskräfte (§ 2 Abs. 2 lit. e AuslBG) nach § 2 Abs. 3 lit. c AuslBG und § 3 Abs. 3 AÜG war und nicht etwa die ARGE-Gesellschaften.

37 Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass eine Verantwortung der zweitrevisionswerbenden Partei nach § 9 Abs. 2 VStG als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die ARGE(-Gesellschaften) bestellte Beauftragte nicht in Betracht kommt, ermöglicht § 9 Abs. 2 und 4 VStG doch lediglich die Bestellung einer physischen Person zum verantwortlichen Beauftragten (VwGH 18.4.2024, Ra 2024/09/0016, mwN).

38 Darüber hinaus wird im Fall einer neuerlichen Bestrafung zu berücksichtigen sein, dass § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine eigene Strafdrohung aufstellt und nicht - wie im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses vorgenommen - eine Gesamtstrafe zu verhängen ist (vgl. VwGH 24.1.2022, Ra 2020/09/0077, mwN). Insbesondere lässt sich auch den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses eine Aufschlüsselung des Strafbetrags nicht entnehmen.

39 Überdies wurde das behördliche Straferkenntnis vom 17. November 2024, ZE/68122061951, vom Verwaltungsgericht lediglich hinsichtlich der unberechtigten Beschäftigung von drei Ausländern bestätigt, weshalb in diesem Fall mit Rücksicht auf die getrennte Führung der fünf Strafverfahren vor der Verwaltungsbehörde nicht der dritte, sondern vielmehr der erste Strafsatz des



§ 28 Abs. 1 AuslBG anzuwenden gewesen wäre (vgl. VwGH 20.4.1995, 94/09/0377).

- 40 Das angefochtene Erkenntnis war jedoch schon aus den aufgezeigten sekundären Feststellungsmängeln und damit wegen der vorrangig wahrzunehmenden Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG im angefochtenen Umfang aufzuheben.
- 41 Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 47 ff VwGG, insbesondere § 53 Abs. 1 VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 4. September 2025

