

TE Vwgh Erkenntnis 2009/12/21 2008/09/0055

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.12.2009

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

40/01 Verwaltungsverfahren;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

ABGB §1151;

AuslBG §2 Abs2 idF 2005/I/101;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lit a;

AuslBG §3 Abs1;

AuslBG §3;

VStG §19;

VStG §20;

VStG §21 Abs1;

1. ABGB § 1151 heute

2. ABGB § 1151 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. AuslBG § 2 heute

2. AuslBG § 2 gültig ab 01.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025

3. AuslBG § 2 gültig von 01.09.2018 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018

4. AuslBG § 2 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017

5. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013

6. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012

7. AuslBG § 2 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011

8. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009

9. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007

10. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005

11. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003

12. AuslBG § 2 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002

13. AuslBG § 2 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997

14. AuslBG § 2 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995

15. AuslBG § 2 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994

16. AuslBG § 2 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 28 heute
2. AuslBG § 28 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2020
4. AuslBG § 28 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 28 gültig von 14.08.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
6. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 13.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
7. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
8. AuslBG § 28 gültig von 01.09.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 91/2009
9. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2008 bis 31.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
10. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2005
11. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
12. AuslBG § 28 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
13. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
14. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2003 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
15. AuslBG § 28 gültig von 03.12.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 160/2002
16. AuslBG § 28 gültig von 01.07.2002 bis 02.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
17. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
18. AuslBG § 28 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
19. AuslBG § 28 gültig von 25.11.1999 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/1999
20. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1998 bis 24.11.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
21. AuslBG § 28 gültig von 01.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
22. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1996 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
23. AuslBG § 28 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
24. AuslBG § 28 gültig von 01.01.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 19/1993

1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

1. AuslBG § 3 heute
2. AuslBG § 3 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
5. AuslBG § 3 gültig von 01.09.2018 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
6. AuslBG § 3 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
7. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
8. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
9. AuslBG § 3 gültig von 27.06.2006 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006

10. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
11. AuslBG § 3 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
12. AuslBG § 3 gültig von 01.07.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2002
13. AuslBG § 3 gültig von 24.08.2001 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2001
14. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1998 bis 23.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
15. AuslBG § 3 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
16. AuslBG § 3 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
17. AuslBG § 3 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
18. AuslBG § 3 gültig von 01.01.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

1. VStG § 19 heute
2. VStG § 19 gültig ab 01.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 19 gültig von 01.01.2012 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
4. VStG § 19 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2011

1. VStG § 20 heute
2. VStG § 20 gültig ab 01.02.1991

1. VStG § 21 gültig von 20.04.2002 bis 30.06.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 33/2013
2. VStG § 21 gültig von 01.02.1991 bis 19.04.2002

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des M R in M, vertreten durch Grilc & Partner Rechtsanwälte - odvetniki in 9020 Klagenfurt, Karfreitstraße 14/III, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 16. Jänner 2008, Zl. UVS 333.13-3/2007-46, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (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 im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufung gegen das Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von R vom 22. Februar 2007 schuldig erkannt, in näher angeführten Tatzeiträumen zwischen Juli 2005 und 5. November 2005 acht namentlich genannte slowenische Staatsangehörige ohne Vorliegen von Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz als Bauhilfsarbeiter mit Trockenbauarbeiten (Verspachteln von Gipskartonwänden) beschäftigt zu haben. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über ihn in Anwendung des § 20 VStG sechs Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe je ein Tag) und zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.200,-- (Ersatzfreiheitsstrafe je eineinhalb Tage) verhängt. (Hinsichtlich eines weiteren Anschuldigungspunktes wurde das erstinstanzliche Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 3 VStG eingestellt.) Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufung gegen das Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von R vom 22. Februar 2007 schuldig erkannt, in näher angeführten Tatzeiträumen zwischen Juli 2005 und 5. November 2005 acht namentlich genannte slowenische Staatsangehörige ohne Vorliegen von Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz als Bauhilfsarbeiter mit Trockenbauarbeiten (Verspachteln von Gipskartonwänden) beschäftigt zu haben. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über ihn in Anwendung des Paragraph 20, VStG sechs Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe je ein Tag) und zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.200,-- (Ersatzfreiheitsstrafe je eineinhalb Tage) verhängt. (Hinsichtlich eines weiteren Anschuldigungspunktes wurde das erstinstanzliche Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 3, VStG eingestellt.)

Die belangte Behörde stellte fest, der Beschwerdeführer sei slowenischer Staatsangehöriger und Inhaber einer Trockenbaufirma in Slowenien mit zwei Arbeitnehmern. Seit dem 10. Mai 2005 verfüge er über eine österreichische Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe des "Verspachtelns von Ständerwänden zur Beseitigung von Unebenheiten und Stößen" und seit 13. Oktober 2005 sei er im Besitz eines Gewerbescheines als "Stukkateur und Trockenausbauer", eingeschränkt auf Trockenausbau. Standort beider Gewerbeberechtigungen sei im verfahrensgegenständlichen Zeitraum eine näher bezeichnete Örtlichkeit. Bei dieser habe es sich jeweils auch um den österreichischen Hauptwohnsitz des Beschwerdeführers gehandelt. In Österreich habe er keine Arbeitnehmer beschäftigt. Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum habe er lediglich über seinen Privat-Pkw mit slowenischem Kennzeichen verfügt, den er auch für Fahrten zu den Baustellen benutzt habe. Mittlerweile besitze er auch einen Mercedes 300 Diesel Kombi mit österreichischem Kennzeichen als Firmenfahrzeug. Sein Werkzeug bestehe aus Schrauben, einer HILTI, drei Lasergeräten, Leitern und Spachteln.

An der Adresse seines Gewerbebestandes befinde sich eine rund 60 m² große Wohnung, die als Büro genützt werde und in welcher sich ein Computer, ein Telefon und ein Faxgerät befänden. Im Jahr 2005 hätten vier der anzeigegenständlichen slowenischen Staatsangehörigen, welche ebenfalls diese Adresse als Standort ihrer Gewerbeberechtigung gewählt hätten, dieses Büro mit ihm geteilt und seine Büroeinrichtung mitbenutzt. Mit diesen und weiteren slowenischen Kollegen und einem Österreicher habe er bei seinen Aufträgen zusammengearbeitet. Dem Beschwerdeführer sei es bekannt gewesen, dass er für die slowenischen Staatsangehörigen keine Beschäftigungsbewilligung erhalten könne, da er sich bei dem zuständigen Arbeitsmarktservice hinsichtlich eines der betroffenen Ausländer diesbezüglich erkundigt und eine negative Auskunft erhalten habe. Daher hätten seine slowenischen Kollegen, teilweise auf seine Anregung, teilweise auf Anraten von anderen Bekannten, um österreichische Gewerbeberechtigungen als Spachtler angesucht. Aus Auskünften von Vertretern der Wirtschaftskammer und der Bezirkshauptmannschaft, dass er mit einem Gewerbeschein in Österreich arbeiten dürfe, habe der Beschwerdeführer geschlossen, dass dies auch für seine Kollegen gelte. Bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice habe er sich nicht erkundigt, ob eine Beschäftigung in der von ihm gewählten Art ohne weitere arbeitsmarktbehördliche Bewilligung zulässig sei.

Jeweils zwei der Slowenen seien ab 10. Mai 2005, ab 17. Mai 2005 und ab 20. Mai 2005, ein Slowene ab 1. Oktober 2005 und ein weiterer Slowene ab 13. Oktober 2005 Besitzer von österreichischen Gewerbescheinen für das "Verspachteln von Ständerwänden zur Beseitigung von Unebenheiten und Stößen". Einer der Slowenen sei überdies ab 15. Dezember 2005 im Besitz eines Gewerbescheines für das Aufstellen von Gipskartonwänden und zum Montieren von vorgefertigten Elementen (z.B. Schienen). Der Gewerbebestandort sei jeweils mit den österreichischen Haupt- und Nebenwohnsitzen ident. Durch die Gewerbebeanmeldung sei auch die Aufnahme in die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft erfolgt. Die diesbezüglichen Beiträge seien von zwei Slowenen zur Gänze, von einem hingegen überhaupt nicht bezahlt worden. Bei den übrigen Slowenen, soweit sie im Besitz von Gewerbescheinen gewesen seien, hätten zum Zeitpunkt der Anfrage des Finanzamtes an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft Beitragsrückstände in Höhen bestanden, die darauf hätten schließen lassen, dass zumindest der verfahrensgegenständliche Zeitraum, der auch den Beginn der Gewerbeausübung darstelle, durch die Beitragsleistungen großteils abgedeckt gewesen seien, da Zahlungen jeweils auf die am längsten zurückliegenden Zeiten angerechnet würden. Einer der Slowenen habe im verfahrensgegenständlichen Zeitraum keinen Gewerbeschein besessen.

Seit Mai 2005 sei der Beschwerdeführer in Österreich für mehrere Firmen tätig gewesen. Die größeren Aufträge hätten von der S Trockenbau GmbH (in der Folge S-GmbH) gestammt. Die erste Zusammenarbeit sei zustande gekommen, indem der Bauleiter dieses Unternehmens den Beschwerdeführer angerufen habe, da dessen Interesse, für die S-GmbH Arbeiten zu übernehmen, auf Grund einer vorangegangenen Anfrage eben dort vorgemerkt worden sei.

Vor einem Vertragsabschluss habe die S-GmbH von einem möglichen Auftragnehmer verschiedene Unterlagen verlangt, wie etwa den Gewerbeschein, seine UID-Nummer und die Nachweise für die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung. Diese Unterlagen seien im Lohnbüro bzw. der Buchhaltung abzugeben gewesen und hätten dort überprüft werden sollen. Die Bauleiter seien nach einer positiven Rückmeldung aus diesem Büro berechtigt gewesen, Verträge abzuschließen.

Im Anlassfall sei die Überprüfung der Papiere nur sehr oberflächlich erfolgt. Für die S-GmbH sei es offensichtlich nicht wesentlich gewesen, ob ihr Auftragnehmer (der Beschwerdeführer) tatsächlich die Befugnis gehabt habe, den Auftrag

auszuführen. So habe der Beschwerdeführer vom 10. Mai bis 13. Oktober 2005, also während der Auftragsvergabe für zumindest drei Aufträge, lediglich über die Berechtigung zumerspachteln verfügt, und sei erst am 13. Oktober 2005 im Besitze der Gewerbeberechtigung als Trockenbauausbauer, welche ihn auch zur Montage der Wände befugt habe. Auch dass der Beschwerdeführer ein Einmannunternehmen gewesen sei und keinen einzigen Dienstnehmer beschäftige sei für die S-GmbH uninteressant gewesen, obwohl die Aufträge an den Beschwerdeführer wie im Falle der Baustelle H. H. bis zu zehn oder elf Spachtler erfordert habe. Die S-GmbH habe sich damit begnügt, dass der Beschwerdeführer vor der ersten Zusammenarbeit die Gewerbescheine einiger seiner Mitarbeiter vorgelegt habe. Es sei nicht überprüft worden, ob überhaupt alle der vom Beschwerdeführer organisierten Arbeiter bei Arbeitsaufnahme einen Gewerbeschein besessen hätten.

Die Besprechungen für die Vertragsabschlüsse hätten im Büro der S-GmbH zwischen dem jeweils zuständigen Bauleiter und dem Beschwerdeführer stattgefunden. Einige der verfahrensgegenständlichen Slowenen (vier werden namentlich angeführt) seien zumindest bei einem dieser Termine ebenfalls anwesend gewesen. Dem Beschwerdeführer seien Kopien der Verträge samt Preislisten und allenfalls Plänen übergeben worden.

In der Folge zählt die belangte Behörde jene sechs Bauvorhaben auf, über die jedenfalls schriftliche Aufträge zwischen der S-GmbH und dem Beschwerdeführer abgeschlossen worden seien.

In den schriftlichen "Subunternehmerverträgen" sei der Beschwerdeführer jeweils mit folgenden Leistungen beauftragt worden:

"Lieferten und Montieren von Ständerwänden, Vorsatzschalen sowie abgehängten Decken laut ÖNORM B3410. Alle Werkleistungen beinhalten auch die komplett fertige Spachtelung sowie den Hoch- und Quertransport. Nebenleistungen und Kleinmaterialien wie Fugenfüller, Schrauben, Bandagen und Dübeln sind im Preis enthalten. Die Abrechnung erfolgt nach Quadratmetern, ml (lfm) bzw. nach Stk. und nicht nach geleisteten Stunden."

Die Aufträge vom 8. Juni und 20. Mai 2005 enthielten eine Aufstellung der Einheitspreise der verschiedenen Positionen; der Vertrag vom 5. August 2005 betreffend das Bauvorhaben H. H. verweise dazu auf eine eigene Liste, die allerdings nicht vorgelegt worden sei. Der Vertrag vom 5. Dezember 2005 enthalte keinerlei Ausführungen zu Preisen.

Bei den Vertragsabschlüssen seien der räumliche und wertmäßige Umfang des Auftrages nicht festgestanden. Die Zuteilung der Arbeitsbereiche sei vorerst entweder auf Grund der Pläne bei der Besprechung im Büro oder vor Beginn der Arbeiten direkt auf der Baustelle durch den Bauleiter oder Vorarbeiter der S-GmbH erfolgt. In der Folge sei es regelmäßig situations- und terminbezogen zu Änderungen bzw. Ausweitungen des Auftrages gekommen, was dem Beschwerdeführer oder den einzelnen Slowenen von den Bauleitern oder vom Vorarbeiter der S-GmbH kurzfristig auf der Baustelle mitgeteilt worden sei. So habe beispielsweise der Vorarbeiter A. S. auf der Baustelle H. H. einem namentlich genannten Slowenen täglich gesagt, wo zu spachteln sei, gelegentlich sei er von diesem auch stundenweise zu einem Bereich geschickt worden, in welchem etwas fertig zu stellen gewesen sei. Ein anderer namentlich bezeichneter Slowene habe angegeben, dass die Zuweisung der Arbeitsbereiche durch den Vorarbeiter (der S-GmbH) erfolgt sei, von welchem er je nach Bedarf auch an anderen Orten eingeteilt worden sei. Meist seien auch eigene Arbeitnehmer der S-GmbH und weiterer Subfirmen auf einer Baustelle gewesen, wie beispielsweise bei drei namentlich genannten Bauvorhaben. Die Abnahmen, aber auch zwischenzeitige Qualitätskontrollen, seien vom Bauleiter oder vom Vorarbeiter der S-GmbH durchgeführt worden.

Je nach Größe des Auftrages und dem damit verbundenen Bedarf an Spachtlern habe sich der Beschwerdeführer bei seinen Kollegen erkundigt, ob sie Zeit hätten und dann mit ihnen die Pläne und Preise besprochen. Schriftliche Verträge seien zwischen ihnen nicht abgeschlossen worden. Ein bestimmter Umfang des Auftrages oder ein Auftragswert oder die Dauer des Auftrages sei nicht bekannt gegeben worden, da ein solcher von Beginn an nicht festgestanden sei. Auf den Baustellen hätten sie entweder vom Beschwerdeführer oder vom Bauleiter (der S-GmbH), in der Regel jedoch vom jeweiligen Vorarbeiter der S-GmbH bestimmte Bereiche zum Spachteln zugeteilt erhalten. Nach Durchführung der Arbeiten hätten die slowenischen Arbeiter mit dem Beschwerdeführer nach dessen Qualitätskontrolle nach Quadratmetern abgerechnet, wobei er zumindest an drei der Slowenen dieselben Preise weitergegeben habe, die er mit der S-GmbH vereinbart gehabt habe. Rechnungen seien nicht ausgestellt worden, Haft- oder Deckungsrücklass seien nicht vereinbart worden. Das Geld sei in der Regel vom Beschwerdeführer auf das jeweilige Konto seines Kollegen überwiesen worden. Eine Zuordnung der bearbeiteten Bereiche zu den jeweiligen Spachtlern nach erfolgter Abrechnung sei nicht mehr möglich gewesen. Jener slowenische Staatsangehörige, der nicht

im Besitz einer Gewerbeberechtigung gewesen sei und nicht habe selbständig arbeiten können, sei nach Stunden bezahlt worden. Da der Beschwerdeführer von der S-GmbH auf Grund des gegen deren Verantwortliche anhängig gemachten Strafverfahrens wegen illegaler Beschäftigung des Beschwerdeführers noch nicht vollständig ausbezahlt worden sei, habe dieser auch seine Kollegen noch nicht zur Gänze für deren Arbeiten bezahlt.

Jeweils zwei der slowenischen Staatsangehörigen hätten jeweils auf einer der bezeichneten Baustellen gearbeitet. Beim Bauvorhaben H. H., für welches die S-GmbH von der H. H.-GmbH den Auftrag für sämtliche Trockenbauarbeiten erhalten habe, sei ursprünglich zwischen dem Beschwerdeführer und der S-GmbH mündlich vereinbart worden, dass er nur die Trockenbauarbeiten im Erdgeschoss hätte übernehmen sollen. Auf dieser Baustelle seien im Trockenausbau auch fünf bis sechs eigene Arbeitnehmer der S-GmbH als auch weitere Subfirmen neben dem Beschwerdeführer tätig gewesen. Bei der Montage (Aufstellen von Ständerwänden, Montieren von Decken) seien insgesamt fünf bis zehn Leute eingesetzt gewesen.

Der Beschwerdeführer habe mit seinen Arbeiten bei der Baustelle H. H. im August 2005 begonnen, sei jedoch wegen ebenfalls zu erledigender Arbeiten für seine slowenische Trockenbaufirma nicht regelmäßig vor Ort gewesen. Er habe die Wände montiert, wobei ihm gelegentlich drei der genannten Slowenen geholfen hätten. Zwei der Slowenen seien vom 31. August 2005 bis zumindest 5. November 2005 auf dieser Baustelle gewesen, im September habe ein weiterer Slowene tageweise zumindest am 7. September bis 9. September, vom 13. September 2005 bis 16. September 2005, am 19. September 2005 und am 22. September 2005 gearbeitet. Ab 19. September 2005 bis zumindest 5. November 2005 sei ein weiterer Slowene auf dieser Baustelle beschäftigt gewesen. Vom 1. Oktober 2005 bis 5. November 2005 sowie ab 2. November 2005 bis 5. November 2005 hätten jeweils zwei weitere Slowenen gearbeitet.

Das Material (Wände sowie Spachtelmasse, Kantenschutz, Silikon und Dichtungsmasse) sei teils von der S-GmbH beigestellt, teils vom Beschwerdeführer besorgt worden. Alle Slowenen mit einer einzigen Ausnahme hätten eigenes Werkzeug wie Spachteln, Leiter, Akkuschrauber und weiteres Kleinwerkzeug, besessen.

Bei der Großbaustelle H. H. seien zahlreiche Kontrollen durchgeführt worden. Anlässlich dreier Kontrolltermine (22. September 2005, 29. Oktober 2005 und 5. November 2005) seien alle der in den Schuldsprüchen genannten Slowenen angetroffen und mit ihnen Niederschriften aufgenommen worden.

Nach Darlegung ihrer beweiswürdigenden Überlegungen kam die belangte Behörde - soweit dies im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch von Relevanz ist - zu folgenden rechtlichen Überlegungen:

Zunächst stelle sich die Frage, ob der Beschwerdeführer die verfahrensgegenständlichen Slowenen in einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis beschäftigt habe oder zwischen jedem dieser Slowenen und ihm ein Werkvertrag vorgelegen sei bzw. ob der Beschwerdeführer lediglich als Vermittler oder Zwischenüberlasser von Arbeitskräften an die S-GmbH anzusehen sei. Zwar habe der Beschwerdeführer selbst sich nicht darauf berufen, lediglich als Vermittler bzw. Zwischenüberlasser von Arbeitskräften tätig geworden zu sein, zumal er nur vorgebracht habe, dass er als Subauftragnehmer der S-GmbH mit den verfahrensgegenständlichen Slowenen, soweit sie über österreichische Gewerbebescheine verfügt hätten, weitere mündliche Subverträge abgeschlossen habe, diese daher als selbständige Unternehmer anzusehen gewesen wären. Der Beschwerdeführer habe offenbar beabsichtigt, gegenüber der S-GmbH als selbständiger Unternehmer aufzutreten, obwohl er über keine eigenen Dienstnehmer verfügt habe, diese jedoch organisieren könne. Auch die Bauleiter der S-GmbH hätten den Beschwerdeführer nicht lediglich als Vermittler oder Zwischenüberlasser weiterer Arbeitskräfte angesehen, bei den konkreten Baustellen sei Vertragspartner nur der Beschwerdeführer gewesen. Dieser selbst habe nicht behauptet, dass die S-GmbH Verträge mit allen betroffenen Spachtlern geschlossen und bloß pro forma nur mit ihm schriftlich fixiert habe. Da der Beschwerdeführer auch selbst mitgearbeitet habe und die Anweisungen, in welchen Bereichen zu arbeiten gewesen sei, teilweise auch von ihm gekommen seien, er auch Kontrollen durchgeführt habe und die Abrechnung auf Grund der Quadratmeterleistungen direkt zwischen den Spachtlern und ihm erfolgt sei, könne auch nicht davon gesprochen werden, dass er lediglich als Zwischenüberlasser anzusehen sei. Da Arbeitgeberpflichten von ihm nicht ausdrücklich oder konkludent an die S-GmbH übertragen worden seien, könne er auch nicht als bloßer Arbeitsvermittler angesehen werden.

Zur Frage, ob die acht Slowenen Werkvertragsnehmer gewesen oder für den Beschwerdeführer in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis tätig geworden seien, zitierte die belangte Behörde umfangreich aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und führte sodann fallbezogen aus, da die Tätigkeit des Spachtelns ausschließlich auf

Baustellen ausgeübt werde, sei als "Betrieb" die jeweilige Baustelle anzusehen. Im Anlassfall habe es sich zwar um Baustellen der S-GmbH gehandelt, die durch Subauftragsvergabe an den Beschwerdeführer in einigen kurzfristig bestimmten Bereichen auch zu dessen Baustellen geworden seien. Die Leistungen der Spachtler seien aber ident mit den gleichartigen Betriebsergebnissen, die im Betrieb des Beschwerdeführers angestrebt worden seien. Schriftliche Verträge seien nicht abgeschlossen worden, der Beschwerdeführer habe je nach Bedarf seine Kollegen angerufen und gefragt, ob sie Zeit hätten. Dass diese ihm nach Zusage jemand anderen hätten auf die Baustelle schicken können, sei weder vorgebracht noch nachgefragt worden. Bezüglich der Weisungsgebundenheit sei festzuhalten, dass bei Vertragsabschluss kein konkretes Werk vereinbart worden sei und die Anweisungen, in welchen Bereichen gearbeitet werden müsse, mehr oder weniger laufend durch Mitarbeiter der S-GmbH bzw. durch den Beschwerdeführer erfolgt seien, darüber hinausgehende Weisungen dürften nicht vorgelegen sein. Die Qualitätskontrollen seien entweder durch den Beschwerdeführer oder einen der Bauleiter der S-GmbH erfolgt. Es sei auch vorgekommen, dass noch vor Abnahme der Arbeiten Kontrollen durchgeführt worden seien und auf behebbare Fehler aufmerksam gemacht worden sei. Eine Kontrolle der Arbeiter selbst hinsichtlich deren Anwesenheiten oder dergleichen habe sich aus dem Beweisverfahren nicht ergeben. Hinsichtlich der Arbeitszeit seien bestimmte Beginn-, Endzeiten und Pausen nicht vorgegeben gewesen, es habe jedoch ein Zeitrahmen bestanden, insofern als Spachtelarbeiten einen Arbeitsgang innerhalb von mehreren aufeinanderfolgenden darstellten. Eine völlig beliebige Zeiteinteilung sei somit nicht möglich gewesen. So könne erst begonnen werden, wenn die Vorarbeiten an den Wänden fertig gestellt sei, die Arbeit müsse auch vor Eintreffen der nächsten Professionisten fertiggestellt sein. Die Spachtler seien im Großen und Ganzen an Terminvorgaben der Baufirma bzw. des Generalunternehmers gebunden gewesen und somit in ihrer Zeiteinteilung nicht völlig frei. Ein Konkurrenzverbot sei weder ausdrücklich noch konkludent vorgelegen. Das Material habe von der S-GmbH oder vom Beschwerdeführer gestammt. Das Werkzeug allerdings hätten die Slowenen mit einer Ausnahme selbst mitgebracht. Doch komme der Materialbeistellung keine allzu große Bedeutung zu. Hinsichtlich der Bezahlung führte die belangte Behörde aus, im gegenständlichen Fall sei die Bezahlung nach geleisteten Quadratmetern erfolgt und nicht wie bei einem echten Werkvertrag üblicherweise in einem Gesamtpreis. Eine Preisvereinbarung auf Quadratmeterbasis spreche daher eher für unselbständige Leistungserbringung, da diese Art der Entlohnung ähnlich den Leistungsanforderungen von Akkordarbeitern zu sehen sei. Sie könne jedenfalls für sich allein nicht als Hinweis auf ein Werk betrachtet werden. Gerade bei Tätigkeiten, die sich in der Erledigung von Stückzahlen niederschlagen, sei eine leistungsbezogene Entlohnung (Akkord) im Wirtschaftsleben bei Dienstverträgen durchaus üblich. Es seien auch keine Rechnungen gelegt worden. Zur Frage einer Haftung sei zu bemerken, dass Haft- oder Deckungsrücklässe nicht vereinbart worden seien. Im Übrigen sei eine Haftung schon ausgeschlossen, weil mangels entsprechender Aufzeichnungen eine Zuordnung der Bereiche zu den jeweiligen Spachtlern gar nicht möglich sei. Zur Frage der organisatorischen Eingliederung habe nur festgestellt werden können, dass sich der Beschwerdeführer zur Anwerbung, zur Besprechung der Arbeiten und zur Abrechnung jeweils mit den einzelnen Slowenen zusammengesetzt, sie teilweise in denselben Fahrzeugen zu den Baustellen gefahren und mit einigen von ihnen den Gewerbestandort und das Büro an derselben Adresse sowie die Büroeinrichtung geteilt habe. Zur Frage der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit hob die belangte Behörde hervor, dass sämtliche Slowenen keinerlei Erfolgsrisiko getragen hätten, wie sich aus den getroffenen Feststellungen ergebe. Eine echte persönliche bzw. wirtschaftliche Abhängigkeit vom Beschwerdeführer sei jedoch insoweit gegeben gewesen, als sie ohne ihn möglicherweise in Österreich keine Arbeit erhalten hätten. Andererseits wäre es ihnen jederzeit möglich gewesen, zu gehen oder seinen Auftrag nicht anzunehmen. Im vorliegenden Fall seien die jeweiligen Arbeitsbereiche vorläufig anhand der Pläne im Büro oder zu Beginn der Baustelle und in der Folge im Zuge des Baufortschritts nach Bedarf Schritt für Schritt situationsbedingt durch die Tätigkeit der anderen Professionisten oder auch durch Ausweitung des Umfangs der Arbeiten durch Mitarbeiter der S-GmbH oder den Beschwerdeführer an die Slowenen zugeteilt worden. Es habe sich dabei nicht um eine klare stockwerksbezogene Zuteilung gehandelt. Im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG sei nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ein Werk nur dann anzunehmen, wenn ein von vornherein klar umrissener und entgeltmäßig bereits feststehender Auftrag vergeben werde. Der Umstand, dass fast alle der betretenen Slowenen bei der Bezirkshauptmannschaft R ein freies Gewerbe angemeldet gehabt hätten, sei für die Beurteilung der vorliegenden Beschäftigungsverhältnisse nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht maßgeblich. Es handle sich dabei nämlich nur um einen formalen Umstand. Im Übrigen seien Spachtelarbeiten lediglich einfache manipulative Tätigkeiten, die als Gegenstand eines Werkvertrages nicht in Frage kämen. Auch ein österreichischer Gewerbeschein bilde keinen Freibrief dafür, in Österreich jedweder Arbeit (beispielsweise als Hilfsarbeiter auf Baustellen) unter dem

Deckmantel einer selbständigen Tätigkeit nachgehen zu können. Die Frage, ob eine Beschäftigung im Sinne des AuslBG ausgeübt werde, für die arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen erforderlich gewesen wären, sei somit unabhängig von der Frage zu lösen, ob die Ausländer Inhaber eines Gewerbescheins seien oder nicht. Gleiches gelte auch für die Versicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, die auf Grund der Gewerbebeanmeldung vorgenommen werde. Im Anlassfall hätten sich trotz der Gewerbebeanmeldung der Slowenen keine Hinweise darauf ergeben, dass auch nur einer dieser Ausländer über eine Betriebsorganisation verfügt hätte, mit deren Hilfe er in der Lage gewesen wäre, die von ihm übernommenen Arbeiten durch andere Personen vornehmen zu lassen. Es sei in den vorliegenden Fällen davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer von den Ausländern im Ergebnis nur ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt worden sei. Dieser habe sämtliche Ausländer deshalb heranziehen müssen, da er selbst über keinen einzigen Arbeitnehmer verfügt habe. Insoweit sich der Beschwerdeführer auf die Bestimmung des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl. I Nr. 133/2003 beziehe, wonach als Beschäftigung auch die Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gelte, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, sei auszuführen, dass mit der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005 die Einschränkung des letzten Halbsatzes zur Verhinderung von Scheinselbständigkeiten entfallen und im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen klargestellt worden sei, dass auch der Besitz einer Gewerbe- oder sonstigen Berechtigung bei Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nicht zur Bewilligungsfreiheit nach dem AuslBG führe. Diese Klarstellung weise darauf hin, dass auch vor der Novellierung (also im verfahrengegenständlichen Zeitraum) eine Ausnahme auf Grund von gewerberechtlichen Vorschriften an die Bedingung gebunden gewesen sei, dass die Tätigkeit der betreffenden Person tatsächlich in selbständiger Weise stattgefunden hätte. Der Besitz einer Gewerbeberechtigung allein sei zu einer solchen Beurteilung nicht ausreichend. Richtig sei, dass den wirtschaftlichen Vorteil tatsächlich die S-GmbH gehabt habe, zumal der Beschwerdeführer zumindest in drei Fällen den mit der S-GmbH ausgemachten Quadratmeterpreis 1:1 an die betroffenen Slowenen weitergegeben habe. Sein Vorteil habe sich offenbar im Wesentlichen darauf beschränkt, überhaupt in Österreich Aufträge zu lukrieren, die er als Einmannbetrieb auf Grund ihres Umfangs sonst nicht erhalten hätte. Die belangte Behörde kam daher zu dem Schluss, dass der Beschwerdeführer - und nicht die S-GmbH - die betretenen Slowenen in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt habe, für welche Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erforderlich gewesen wären. Zur Frage, ob die acht Slowenen Werkvertragsnehmer gewesen oder für den Beschwerdeführer in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis tätig geworden seien, zitierte die belangte Behörde umfangreich aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und führte sodann fallbezogen aus, da die Tätigkeit des Spachtelns ausschließlich auf Baustellen ausgeübt werde, sei als "Betrieb" die jeweilige Baustelle anzusehen. Im Anlassfall habe es sich zwar um Baustellen der S-GmbH gehandelt, die durch Subauftragsvergabe an den Beschwerdeführer in einigen kurzfristig bestimmten Bereichen auch zu dessen Baustellen geworden seien. Die Leistungen der Spachtler seien aber ident mit den gleichartigen Betriebsergebnissen, die im Betrieb des Beschwerdeführers angestrebt worden seien. Schriftliche Verträge seien nicht abgeschlossen worden, der Beschwerdeführer habe je nach Bedarf seine Kollegen angerufen und gefragt, ob sie Zeit hätten. Dass diese ihm nach Zusage jemand anderen hätten auf die Baustelle schicken können, sei weder vorgebracht noch nachgefragt worden. Bezüglich der Weisungsgebundenheit sei festzuhalten, dass bei Vertragsabschluss kein konkretes Werk vereinbart worden sei und die Anweisungen, in welchen Bereichen gearbeitet werden müsse, mehr oder weniger laufend durch Mitarbeiter der S-GmbH bzw. durch den Beschwerdeführer erfolgt seien, darüber hinausgehende Weisungen dürften nicht vorgelegen sein. Die Qualitätskontrollen seien entweder durch den Beschwerdeführer oder einen der Bauleiter der S-GmbH erfolgt. Es sei auch vorgekommen, dass noch vor Abnahme der Arbeiten Kontrollen durchgeführt worden seien und auf behebbare Fehler aufmerksam gemacht worden sei. Eine Kontrolle der Arbeiter selbst hinsichtlich deren Anwesenheiten oder dergleichen habe sich aus dem Beweisverfahren nicht ergeben. Hinsichtlich der Arbeitszeit seien bestimmte Beginn-, Endzeiten und Pausen nicht vorgegeben gewesen, es habe jedoch ein Zeitrahmen bestanden, insofern als Spachtelarbeiten einen Arbeitsgang innerhalb von mehreren aufeinanderfolgenden darstellten. Eine völlig beliebige Zeiteinteilung sei somit nicht möglich gewesen. So könne erst begonnen werden, wenn die Vorarbeiten an den Wänden fertig gestellt sei, die Arbeit müsse auch vor Eintreffen der nächsten Professionisten fertiggestellt sein. Die Spachtler seien im Großen und Ganzen an Terminvorgaben der Baufirma bzw. des Generalunternehmers gebunden gewesen und somit in ihrer Zeiteinteilung nicht völlig frei. Ein Konkurrenzverbot sei weder ausdrücklich noch konkludent vorgelegen. Das Material habe von der S-GmbH oder vom Beschwerdeführer gestammt. Das Werkzeug allerdings hätten die Slowenen mit einer Ausnahme selbst mitgebracht. Doch komme der Materialbeistellung keine allzu große Bedeutung zu. Hinsichtlich der Bezahlung

fürhte die belangte Behörde aus, im gegenständlichen Fall sei die Bezahlung nach geleisteten Quadratmetern erfolgt und nicht wie bei einem echten Werkvertrag üblicherweise in einem Gesamtpreis. Eine Preisvereinbarung auf Quadratmeterbasis spreche daher eher für unselbständige Leistungserbringung, da diese Art der Entlohnung ähnlich den Leistungsanforderungen von Akkordarbeitern zu sehen sei. Sie könne jedenfalls für sich allein nicht als Hinweis auf ein Werk betrachtet werden. Gerade bei Tätigkeiten, die sich in der Erledigung von Stückzahlen niederschlagen, sei eine leistungsbezogene Entlohnung (Akkord) im Wirtschaftsleben bei Dienstverträgen durchaus üblich. Es seien auch keine Rechnungen gelegt worden. Zur Frage einer Haftung sei zu bemerken, dass Haft- oder Deckungsrücklässe nicht vereinbart worden seien. Im Übrigen sei eine Haftung schon ausgeschlossen, weil mangels entsprechender Aufzeichnungen eine Zuordnung der Bereiche zu den jeweiligen Spachtlern gar nicht möglich sei. Zur Frage der organisatorischen Eingliederung habe nur festgestellt werden können, dass sich der Beschwerdeführer zur Anwerbung, zur Besprechung der Arbeiten und zur Abrechnung jeweils mit den einzelnen Slowenen zusammengesetzt, sie teilweise in denselben Fahrzeugen zu den Baustellen gefahren und mit einigen von ihnen den Gewerbestandort und das Büro an derselben Adresse sowie die Büroeinrichtung geteilt habe. Zur Frage der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit hob die belangte Behörde hervor, dass sämtliche Slowenen keinerlei Erfolgsrisiko getragen hätten, wie sich aus den getroffenen Feststellungen ergebe. Eine echte persönliche bzw. wirtschaftliche Abhängigkeit vom Beschwerdeführer sei jedoch insoweit gegeben gewesen, als sie ohne ihn möglicherweise in Österreich keine Arbeit erhalten hätten. Andererseits wäre es ihnen jederzeit möglich gewesen, zu gehen oder seinen Auftrag nicht anzunehmen. Im vorliegenden Fall seien die jeweiligen Arbeitsbereiche vorläufig anhand der Pläne im Büro oder zu Beginn der Baustelle und in der Folge im Zuge des Baufortschritts nach Bedarf Schritt für Schritt situationsbedingt durch die Tätigkeit der anderen Professionisten oder auch durch Ausweitung des Umfanges der Arbeiten durch Mitarbeiter der S-GmbH oder den Beschwerdeführer an die Slowenen zugeteilt worden. Es habe sich dabei nicht um eine klare stockwerksbezogene Zuteilung gehandelt. Im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG sei nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ein Werk nur dann anzunehmen, wenn ein von vornherein klar umrissener und entgeltmäßig bereits feststehender Auftrag vergeben werde. Der Umstand, dass fast alle der betretenen Slowenen bei der Bezirkshauptmannschaft R ein freies Gewerbe angemeldet gehabt hätten, sei für die Beurteilung der vorliegenden Beschäftigungsverhältnisse nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht maßgeblich. Es handle sich dabei nämlich nur um einen formalen Umstand. Im Übrigen seien Spachtelarbeiten lediglich einfache manipulative Tätigkeiten, die als Gegenstand eines Werkvertrages nicht in Frage kämen. Auch ein österreichischer Gewerbeschein bilde keinen Freibrief dafür, in Österreich jedweder Arbeit (beispielsweise als Hilfsarbeiter auf Baustellen) unter dem Deckmantel einer selbständigen Tätigkeit nachgehen zu können. Die Frage, ob eine Beschäftigung im Sinne des AuslBG ausgeübt werde, für die arbeitsmarktbehördliche Bewilligungen erforderlich gewesen wären, sei somit unabhängig von der Frage zu lösen, ob die Ausländer Inhaber eines Gewerbescheins seien oder nicht. Gleiches gelte auch für die Versicherung bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, die auf Grund der Gewerbeanmeldung vorgenommen werde. Im Anlassfall hätten sich trotz der Gewerbeanmeldung der Slowenen keine Hinweise darauf ergeben, dass auch nur einer dieser Ausländer über eine Betriebsorganisation verfügt hätte, mit deren Hilfe er in der Lage gewesen wäre, die von ihm übernommenen Arbeiten durch andere Personen vornehmen zu lassen. Es sei in den vorliegenden Fällen davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer von den Ausländern im Ergebnis nur ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt worden sei. Dieser habe sämtliche Ausländer deshalb heranziehen müssen, da er selbst über keinen einzigen Arbeitnehmer verfügt habe. Insoweit sich der Beschwerdeführer auf die Bestimmung des Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG in der zur Tatzeit geltenden Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 2003, beziehe, wonach als Beschäftigung auch die Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis gelte, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, sei auszuführen, dass mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 101 aus 2005, die Einschränkung des letzten Halbsatzes zur Verhinderung von Scheinselbständigkeiten entfallen und im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen klargestellt worden sei, dass auch der Besitz einer Gewerbe- oder sonstigen Berechtigung bei Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nicht zur Bewilligungsfreiheit nach dem AuslBG führe. Diese Klarstellung weise darauf hin, dass auch vor der Novellierung (also im verfahrengegenständlichen Zeitraum) eine Ausnahme auf Grund von gewerberechtlichen Vorschriften an die Bedingung gebunden gewesen sei, dass die Tätigkeit der betreffenden Person tatsächlich in selbständiger Weise stattgefunden hätte. Der Besitz einer Gewerbeberechtigung allein sei zu einer solchen Beurteilung nicht ausreichend. Richtig sei, dass den wirtschaftlichen Vorteil tatsächlich die S-GmbH gehabt habe, zumal der Beschwerdeführer zumindest in drei Fällen den mit der S-GmbH

ausgemachten Quadratmeterpreis 1:1 an die betroffenen Slowenen weitergegeben habe. Sein Vorteil habe sich offenbar im Wesentlichen darauf beschränkt, überhaupt in Österreich Aufträge zu lukrieren, die er als Einmannbetrieb auf Grund ihres Umfanges sonst nicht erhalten hätte. Die belangte Behörde kam daher zu dem Schluss, dass der Beschwerdeführer - und nicht die S-GmbH - die betretenen Slowenen in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt habe, für welche Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erforderlich gewesen wären.

Insoweit in der Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG-Vertrag verwiesen werde, habe sich gezeigt, dass die Inhaber von österreichischen Gewerbeberechtigungen für das freie Gewerbe deserspachtelns von Ständerwänden zur Beseitigung von Unebenheiten und Stößen eben nicht als selbständige Unternehmer, sondern als Spachtler in einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis tätig geworden seien und sich schon aus diesem Grund der Beschwerdeführer nicht auf die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV berufen könne. Insoweit in der Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit des Artikel 49, EG-Vertrag verwiesen werde, habe sich gezeigt, dass die Inhaber von österreichischen Gewerbeberechtigungen für das freie Gewerbe deserspachtelns von Ständerwänden zur Beseitigung von Unebenheiten und Stößen eben nicht als selbständige Unternehmer, sondern als Spachtler in einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis tätig geworden seien und sich schon aus diesem Grund der Beschwerdeführer nicht auf die Dienstleistungsfreiheit des Artikel 49, EGV berufen könne.

Zum Verschulden führte die belangte Behörde nach Verweis auf § 5 Abs. 1 VStG aus, dass die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Auskunft der Wirtschaftskammer nicht geeignet sei, einen entschuldbaren Rechtsirrtum zu begründen, da für einen Arbeitgeber (auch für einen ausländischen) grundsätzlich die Verpflichtung bestehe, sich unter anderem auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestünden über den Inhalt der Verwaltungsvorschriften Zweifel, dann sei der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde (also dem Arbeitsmarktservice) Auskunft einzuholen. Wenn er dies unterlasse, vermöge ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Im Übrigen seien die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Rechtsauskünfte durchaus grundsätzlich zutreffend, das ändere aber nichts daran, dass Tätigkeiten, die nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständig anzusehen seien, auch durch einen Gewerbeschein nicht legalisiert werden könnten. Auch bei Vorhandensein der Gewerbeberechtigungen der in Rede stehenden Slowenen bleibe auch für den Beschwerdeführer als ausländischen Staatsangehörigen jedenfalls die Verpflichtung bestehen, sich mit den österreichischen Vorschriften für Arbeitsaufnahme von Ausländern genauer zu befassen und sich an die zuständige Stelle zu wenden. Der Beschwerdeführer habe damit zumindest durchschnittlich fahrlässig gehandelt. Zum Verschulden führte die belangte Behörde nach Verweis auf Paragraph 5, Absatz eins, VStG aus, dass die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Auskunft der Wirtschaftskammer nicht geeignet sei, einen entschuldbaren Rechtsirrtum zu begründen, da für einen Arbeitgeber (auch für einen ausländischen) grundsätzlich die Verpflichtung bestehe, sich unter anderem auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen. Bestünden über den Inhalt der Verwaltungsvorschriften Zweifel, dann sei der Gewerbetreibende verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde (also dem Arbeitsmarktservice) Auskunft einzuholen. Wenn er dies unterlasse, vermöge ihn die Unkenntnis dieser Vorschrift nicht von seiner Schuld zu befreien. Im Übrigen seien die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Rechtsauskünfte durchaus grundsätzlich zutreffend, das ändere aber nichts daran, dass Tätigkeiten, die nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständig anzusehen seien, auch durch einen Gewerbeschein nicht legalisiert werden könnten. Auch bei Vorhandensein der Gewerbeberechtigungen der in Rede stehenden Slowenen bleibe auch für den Beschwerdeführer als ausländischen Staatsangehörigen jedenfalls die Verpflichtung bestehen, sich mit den österreichischen Vorschriften für Arbeitsaufnahme von Ausländern genauer zu befassen und sich an die zuständige Stelle zu wenden. Der Beschwerdeführer habe damit zumindest durchschnittlich fahrlässig gehandelt.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar, wobei sie die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 VStG nicht als vorliegend erachtete, jedoch in Hinblick auf das Nichtvorliegen von Erschwerungsgründen und den als mildernd berücksichtigten Gründen der Unbescholtenheit, der Beitragung zur Aufklärung des Sachverhaltes, des eingetretenen, für ihn nur bescheidenen wirtschaftlichen Nutzens sowie seines Glaubens, rechtmäßig gehandelt zu haben, gemäß § 20 VStG die von der Strafbehörde erster Instanz ausgesprochenen Strafen herabsetzte. Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar, wobei sie die Voraussetzungen des Paragraph 21, Absatz eins, VStG nicht als vorliegend erachtete, jedoch in Hinblick auf das Nichtvorliegen von Erschwerungsgründen und den

als mildernd berücksichtigten Gründen der Unbescholtenheit, der Beitragung zur Aufklärung des Sachverhaltes, des eingetretenen, für ihn nur bescheidenen wirtschaftlichen Nutzens sowie seines Glaubens, rechtmäßig gehandelt zu haben, gemäß Paragraph 20, VStG die von der Strafbehörde erster Instanz ausgesprochenen Strafen herabsetzte.

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

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2005, gilt als Beschäftigung die Verwendung
Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 101 aus 2005,, gilt als Beschäftigung die Verwendung

1. a) Litera a
in einem Arbeitsverhältnis,
2. b) Litera b
in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
3. c) Litera c
in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5 in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach Paragraph 3, Absatz 5,,
4. d) Litera d
nach den Bestimmungen des § 18 oder nach den Bestimmungen des Paragraph 18, oder
5. e) Litera e
überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988. überlassener Arbeitskräfte im Sinne des Paragraph 3, Absatz 4, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,.

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung sind den Arbeitgebern gleichzuhalten
Nach Absatz 3, dieser Bestimmung sind den Arbeitgebern gleichzuhalten

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

Nach Abs. 4 dieser Bestimmung (insoweit gleichlautend mit § 4 Abs. 1 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes - AÜG, BGBl. Nr. 196/1988) ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.
Nach Absatz 4, dieser Bestimmung (insoweit gleichlautend mit Paragraph 4, Absatz eins, des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes - AÜG, Bundesgesetzblatt Nr. 196 aus 1988,) ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG 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) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis

(§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (§ 8 Abs. 2 Z. 3 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. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG 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 Paragraph 3, einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (Paragraphen 4 und 4 c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (Paragraph 12,) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (Paragraph 3, Absatz 5,) oder eine Arbeitserlaubnis (Paragraph 14 a,) oder ein Befreiungsschein (Paragraphen 15 und 4 c) oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" (Paragraph 8, Absatz 2, Ziffer 3, NAG) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (Paragraph 45, NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (Paragraph 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.

In Ausführung der Beschwerde macht der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, die belangte Behörde hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung zu dem Schluss kommen müssen, dass - wenn schon arbeitnehmerähnliche Verhältnisse als vorliegend erachtet würden - diese der S-GmbH und nicht dem Beschwerdeführer zuzurechnen gewesen wären, zumal diese Gesellschaft allein den wirtschaftlichen Vorteil lukriert habe, die angetroffenen Slowenen immer nur im Betrieb, nämlich der Baustelle der S-GmbH angetroffen worden seien, Weisungen vom Vorarbeiter dieses Unternehmens erteilt worden und auch die Kontrollen durch deren Vorarbeiter erfolgt seien, die Terminvorgaben durch dieses Unternehmen erfolgt sei und auch das Material von ihr gestammt habe. Eine persönliche wirtschaftliche Abhängigkeit der betretenen Slowenen vom Beschwerdeführer sei auch unter Zugrundelegung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes des von der Behörde festgestellten Sachverhaltes nicht gegeben, vielmehr seien allenfalls arbeitnehmerähnliche Verhältnisse zur S-GmbH vorgelegen, da auch sämtliche Bauleistungen diesem Unternehmen zuzurechnen seien.

Insoweit die belangte Behörde darauf Bezug nehme, dass sowohl dem Beschwerdeführer als auch den weiteren Slowenen Gewerbeberechtigungen für Tätigkeiten, die gar nicht selbständig ausgeübt werden dürften, erteilt worden seien, liege eine unzulässige Ausländerdiskriminierung für EU-Bürger aus den neuen EU-Mitgliedstaaten vor. Die Gewerbebehörde wäre auch verhalten gewesen, dem Antragsteller mitzuteilen, dass er dann zwar eine Gewerbeberechtigung bekomme, von dieser aber keinen Gebrauch machen dürfe.

Auch die Frage des Vorliegens eines entschuldigen Rechtsirrtums habe die belangte Behörde unrichtig gelöst. Für einen Gewerbetreibenden sei die zuständige Behörde die Gewerbebehörde und nicht das Arbeitsmarktservice. Die belangte Behörde habe unrichtig vorausgesetzt, dass der Beschwerdeführer hätte davon ausgehen müssen, dass man auf Grund eines Gewerbescheins in Österreich noch nicht arbeiten dürfe und trotzdem eine Beschäftigungsbewilligung benötige; genau dies habe der Beschwerdeführer und auch seine Kollegen nicht wissen können, weil sie auf die Richtigkeit der eingeholten Auskünfte vertraut hätten.

Auch die Strafbemessung sei unzutreffend, da die belangte Behörde zu Unrecht die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 VStG nicht als gegeben erachtet habe. Wenn man dem Beschwerdeführer schon keinen entschuldigenden Rechtsirrtum zugestehen wolle, dann müsse zumindest bei der Beurteilung des Verschuldens berücksichtigt werden, dass er sich in gutem Glauben befunden habe und deshalb nicht in der Lage gewesen sei, einzusehen, dass er unrichtig gehandelt habe. Im Übrigen sei zu Unrecht auch der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z. 12 StGB unberücksichtigt geblieben, zumal die belangte Behörde dem Beschwerdeführer ohnedies zugestehen, in gutem Glauben und im Vertrauen auf die ausgestellten Gewerbescheine gehandelt zu haben. Dazu bedürfe es nicht ausdrücklich der Berufung auf § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG. Auch die Strafbemessung sei unzutreffend, da die belangte Behörde zu Unrecht die Voraussetzungen des Paragraph 21, Absatz eins, VStG nicht als gegeben erachtet habe. Wenn man dem Beschwerdeführer schon keinen entschuldigenden Rechtsirrtum zugestehen wolle, dann müsse zumindest bei der

Beurteilung des Verschuldens berücksichtigt werden, dass er sich in gutem Glauben befunden habe und deshalb nicht in der Lage gewesen sei, einzusehen, dass er unrichtig gehandelt habe. Im Übrigen sei zu Unrecht auch der Milderungsgrund des Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 12, StGB unberücksichtigt geblieben, zumal die belangte Behörde dem Beschwerdeführer ohnedies zugestehe, in gutem Glauben und im Vertrauen auf die ausgestellten Gewerbescheine gehandelt zu haben. Dazu bedürfe es nicht ausdrücklich der Berufung auf Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf: 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 genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei 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 hg. Erkenntnis vom 9. November 2009, Zl. 2007/09/0345, dem eine vergleichbare Konstellation zu Grunde lag und auf dessen Begründung auch im Weiteren gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird). 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 genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei 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 hg. Erkenntnis vom 9. November 2009, Zl. 2007/09/0345, dem eine vergleichbare Konstellation zu Grunde lag und auf dessen Begründung auch im Weiteren gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen wird).

Der Verwaltungsgerichtshof hat auch schon mehrfach betont, dass einfache manipulative Tätigkeiten, wie das Verspachteln bereits aufgestellter Gipskartonwände, in der Regel kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. September 2003, Zl. 2001/09/0060, und vom 16. Oktober 2008, Zl. 2008/09/0232, mwN). Umstände, die eine andere Beurteilung indizieren könnten, wurden nicht vorgebracht und sind auch aus dem Inhalt der vorgelegten Akten nicht erkennbar. Der Verwaltungsgerichtshof hat auch schon mehrfach betont, dass einfache manipulative Tätigkeiten, wie das Verspachteln bereits aufgestellter Gipskartonwände, in der Regel kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. September 2003, Zl. 2001/09/0060, und vom 16. Oktober 2008, Zl. 2008/09/0232, mwN). Umstände, die eine andere Beurteilung indizieren könnten, wurden nicht vorgebracht und sind auch aus dem Inhalt der vorgelegten Akten nicht erkennbar.

In der Beschwerde werden die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen nicht bestritten, insbesondere auch nicht, dass bei den Vertragsabschlüssen der räumliche und wertmäßige Umfang des Auftrages nicht festgestanden, die Zuteilung der Arbeitsbereiche vorerst entweder auf Grund der Pläne bei der Besprechung im Büro oder vor Beginn der Arbeiten direkt auf der Baustelle durch den Bauleiter oder Vorarbeiter der S-GmbH erfolgt und es in der Folge regelmäßig situations- und terminbezogen zu Änderungen bzw. Ausweitungen des Auftrages gekommen sei, was dem Beschwerdeführer oder den einzelnen Slowenen von den Bauleitern oder vom Vorarbeiter der S-GmbH kurzfristig auf der Baustelle mitgeteilt worden sei. 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 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 davon auszugehen war, dass die Aspekte jene eines Werkvertrages überwogen und daher eine Beschäftigung der Ausländer im Sinne des § 2 AuslBG vorlag, kann daher nicht als rechtswidrig erachtet werden. In der Beschwerde werden die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen nicht bestritten, insbesondere auch nicht, dass bei den Vertragsabschlüssen der räumliche und wertmäßige Umfang des Auftrages nicht festgestanden, die Zuteilung der Arbeitsbereiche vorerst entweder auf Grund der Pläne bei der Besprechung im Büro oder vor Beginn der Arbeiten direkt auf der Baustelle durch den Bauleiter oder Vorarbeiter der S-GmbH erfolgt und es in der Folge regelmäßig situations- und terminbezogen zu Änderungen bzw. Ausweitungen des Auftrages gekommen sei, was dem Beschwerdeführer oder den einzelnen Slowenen von den Bauleitern oder vom Vorarbeiter der S-GmbH kurzfristig auf der Baustelle mitgeteilt worden sei. 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 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 davon auszugehen war, dass die Aspekte jene eines Werkvertrages überwogen und daher eine Beschäftigung der Ausländer im Sinne des Paragraph 2, AuslBG vorlag, kann daher nicht als rechtswidrig erachtet werden.

Insoweit der Beschwerdeführer in der Beschwerde aber versucht darzustellen, dass die einzelnen für eine arbeitnehmerähnliche Stellung sprechenden Kriterien nicht auf das Verhältnis der ausländischen Arbeiter zu seinem Unternehmen, sondern nur auf deren Verhältnis zur S-GmbH hindeuteten und (nur) diese Gesellschaft, nicht aber er als Beschäftigter der Slowenen anzusehen sei, ist ihm entgegen zu halten, dass nach den getroffenen und von ihm in der Beschwerde auch nicht substantiiert bestrittenen Feststellungen der belangten Behörde ausschließlich er - und keiner der Slowenen - Vertragspartner der S-GmbH war, ausschließlich er mit dieser Gesellschaft abgerechnet und Weisungs- und Kontrollrechte gegenüber den Arbeitern tatsächlich ausgeübt hat. Die belangte Behörde hat auch in diesem Zusammenhang eingehend und zutreffend begründet, aus welchen Erwägungen sie den Beschwerdeführer nicht für einen bloßen Vermittler von Arbeitskräften hielt. Insbesondere wies sie zutreffend darauf hin, dass der Beschwerdeführer einen Auftrag in dem hier vorliegenden Umfang in Ermangelung eigener in Österreich beschäftigter Arbeitskräfte ohne die Verwendung der hier gegenständlichen Ausländer nicht hätte übernehmen können; andererseits kann eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der ausländischen Arbeitskräfte vom Unternehmen des Beschwerdeführers darin erblickt werden, dass sie nur durch den an diesen ergangenen Auftrag überhaupt in Österreich ihre Tätigkeit ausüben und dafür Entgelte lukrieren konnten.

Der Beschwerdeführer stützt sich auch auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen des Art. 49 EG-Vertrag und argumentiert damit, "es dürften nur österreichische Staatsangehörige bzw. Gewerbeberechtigte aus den alten EU-Ländern einfache Hilfstätigkeiten in Form eines selbständigen Gewerbes ausüben, bei Ausländern aus den neuen EU-Staaten sei aber trotz der erteilten Gewerbeberechtigung der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen", was als Verstoß gegen Art. 49 EGV und als unzulässige Ausländerdiskriminierung zu werten sei. Der in der Beschwerde erhobene Behauptung, die Ausländer dürften als neue "EU-Bürger" mit Gewerbebescheinigen in Österreich ihre Tätigkeit jedenfalls ausüben, ist entgegen zu halten, dass es selbstverständlich auch Ausländern aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten gestattet ist, ein Gewerbe in Österreich auszuüben, dass es aber für die Qualifikation der auf Grund eines vorliegenden Gewerbebescheines konkret ausgeübten Tätigkeit als selbständig oder unselbständig nicht auf das Vorliegen eines Gewerbebescheines allein ankommt, sondern auf deren wahren wirtschaftlichen Gehalt. Im Übrigen besteht hinsichtlich der Merkmale zur Abgrenzung selbständiger von unselbständiger Tätigkeit nach den Bestimmungen des AuslBG, des AÜG oder der GewO zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es auch nach Gemeinschaftsrecht allein auf das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses ankommt (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163, mwN). Der Beschwerdeführer stützt sich auch auf die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen des Artikel 49, EG-Vertrag und argumentiert damit, "es dürften nur österreichische Staatsangehörige bzw. Gewerbeberechtigte aus den alten EU-Ländern einfache

Hilfstätigkeiten in Form eines selbständigen Gewerbes ausüben, bei Ausländern aus den neuen EU-Staaten sei aber trotz der erteilten Gewerbeberechtigung der wahre wirtschaftliche Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen", was als Verstoß gegen Artikel 49, EGV und als unzulässige Ausländerdiskriminierung zu werten sei. Der in der Beschwerde erhobenen Behauptung, die Ausländer dürften als neue "EU-Bürger" mit Gewerbebescheinen in Österreich ihre Tätigkeit jedenfalls ausüben, ist entgegen zu halten, dass es selbstverständlich auch Ausländern aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten gestattet ist, ein Gewerbe in Österreich auszuüben, dass es aber für die Qualifikation der auf Grund eines vorliegenden Gewerbebescheines konkret ausgeübten Tätigkeit als selbständig oder unselbständig nicht auf das Vorliegen eines Gewerbebescheines allein ankommt, sondern auf deren wahren wirtschaftlichen Gehalt. Im Übrigen besteht hinsichtlich der Merkmale zur Abgrenzung selbständiger von unselbständiger Tätigkeit nach den Bestimmungen des AuslBG, des AÜG oder der GewO zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es auch nach Gemeinschaftsrecht allein auf das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses ankommt vergleiche , dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163, mwN).

Der Beschwerdeführer wendet auch ein, er sei einem entschuldbaren Rechtsirrtum im Sinne des § 5 Abs. 2 VStG unterlegen, zumal er weder von der Gewerbebehörde noch von der Wirtschaftskammer darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass seine Tätigkeiten den Bestimmungen des AuslBG unterlägen. Dazu hat die belangte Behörde bereits zutreffend darauf verwiesen, dass es auch dem Beschwerdeführer als notorische Tatsache bekannt gewesen sein muss, dass die Beschäftigung von Ausländern grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf.

Offenkundig war dies dem Beschwerdeführer auch tatsächlich bekannt, denn er hatte nach den getroffenen Feststellungen der belangten Behörde ohnedies bereits versucht, für einen der Slowenen eine Beschäftigungsbewilligung zu bekommen, was ihm jedoch abschlägig beschieden wurde. Im Hinblick auf diesen Umstand hätte der Beschwerdeführer als umsichtiger Unternehmer bereits Erkundigungen bei der zuständigen Bewilligungsbehörde (AMS) über die Zulässigkeit der Beschäftigung von Ausländern im Allgemeinen bzw. über den Geltungsbereich des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG, auf den er sich im Rahmen seiner Beschwerde stützt, im Besonderen, bezogen auf die von ihm konkret geplante Einbeziehung der Arbeitskraft seiner ausländischen Kollegen zur Erfüllung der von ihm übernommenen Aufträge und die von ihm dafür ins Auge gefasste Vertragsausgestaltung einholen müssen. Indem er dies unterlassen hat, hat er sein mangelndes Verschulden an der Verletzung der ihm zum Vorwurf gemachten Verwaltungsübertretungen nicht glaubhaft gemacht. Zutreffend ist daher die belangte Behörde im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG auch von einem Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen. Der Beschwerdeführer wendet auch ein, er sei einem entschuldbaren Rechtsirrtum im Sinne des Paragraph 5, Absatz 2, VStG unterlegen, zumal er weder von der Gewerbebehörde noch von der Wirtschaftskammer darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass seine Tätigkeiten den Bestimmungen des AuslBG unterlägen. Dazu hat die belangte Behörde bereits zutreffend darauf verwiesen, dass es auch dem Beschwerdeführer als notorische Tatsache bekannt gewesen sein muss, dass die Beschäftigung von Ausländern grundsätzlich einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung bedarf. Offenkundig war dies dem Beschwerdeführer auch tatsächlich bekannt, denn er hatte nach den getroffenen Feststellungen der belangten Behörde ohnedies bereits versucht, für einen der Slowenen eine Beschäftigungsbewilligung zu bekommen, was ihm jedoch abschlägig beschieden wurde. Im Hinblick auf diesen Umstand hätte der Beschwerdeführer als umsichtiger Unternehmer bereits Erkundigungen bei der zuständigen Bewilligungsbehörde (AMS) über die Zulässigkeit der Beschäftigung von Ausländern im Allgemeinen bzw. über den Geltungsbereich des Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG, auf den er sich im Rahmen seiner Beschwerde stützt, im Besonderen, bezogen auf die von ihm konkret geplante Einbeziehung der Arbeitskraft seiner ausländischen Kollegen zur Erfüllung der von ihm übernommenen Aufträge und die von ihm dafür ins Auge gefasste Vertragsausgestaltung einholen müssen. Indem er dies unterlassen hat, hat er sein mangelndes Verschulden an der Verletzung der ihm zum Vorwurf gemachten Verwaltungsübertretungen nicht glaubhaft gemacht. Zutreffend ist daher die belangte Behörde im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG auch von einem Verschulden des Beschwerdeführers ausgegangen.

Gemäß § 21 Abs. 1 VStG kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, VStG kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines

Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Der Beschwerdeführer hält die Anwendbarkeit dieser Bestimmung im vorliegenden Fall zu Unrecht für gegeben. Selbst wenn man der Ansicht folgen würde und das Verschulden des Beschwerdeführers an den ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen als gering einstufen würde, könnte § 21 VStG nicht zur Anwendung gelangen, weil die kumulativ geforderte zweite Voraussetzung, nämlich das Vorliegen nur unbedeutender Folgen der Übertretung, eindeutig nicht vorliegt. Vielmehr stellt gerade die vorliegende mehrfache Zuführung ausländischer Arbeitskräfte zum österreichischen Arbeitsmarkt und über mehr als bloß wenige Stunden umfassende Zeiträume gerade den vom Ausländerbeschäftigungsgesetz verfolgten Regelungszweck in Frage. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 10. Februar 1999, Zl. 98/09/0298, darauf hingewiesen, dass die Folgen von Übertretungen des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG nicht unbedeutend sind, weil es Schutzzweck des AuslBG ist, einerseits inländische Arbeit Suchende vor einem ungehemmten, wettbewerbsverzerrenden Einströmen ausländischer Arbeitskräfte zu schützen, zum anderen den Interessen der heimischen Wirtschaft dadurch Rechnung zu tragen, dass unter Vorgabe von Kontingentierungen und staatlichen Kontrollen eine Deckung des Arbeitskräftebedarfs, insbesondere in jenen Branchen, in welchen erfahrungsgemäß inländische Arbeitskräfte schwer zu vermitteln sind, sichergestellt wird. Eine Anwendung des § 21 VStG kam daher zu Recht nicht in Betracht. Der Beschwerdeführer hält die Anwendbarkeit dieser Bestimmung im vorliegenden Fall zu Unrecht für gegeben. Selbst wenn man der Ansicht folgen würde und das Verschulden des Beschwerdeführers an den ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen als gering einstufen würde, könnte Paragraph 21, VStG nicht zur Anwendung gelangen, weil die kumulativ geforderte zweite Voraussetzung, nämlich das Vorliegen nur unbedeutender Folgen der Übertretung, eindeutig nicht vorliegt. Vielmehr stellt gerade die vorliegende mehrfache Zuführung ausländischer Arbeitskräfte zum österreichischen Arbeitsmarkt und über mehr als bloß wenige Stunden umfassende Zeiträume gerade den vom Ausländerbeschäftigungsgesetz verfolgten Regelungszweck in Frage. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 10. Februar 1999, Zl. 98/09/0298, darauf hingewiesen, dass die Folgen von Übertretungen des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG nicht unbedeutend sind, weil es Schutzzweck des AuslBG ist, einerseits inländische Arbeit Suchende vor einem ungehemmten, wettbewerbsverzerrenden Einströmen ausländischer Arbeitskräfte zu schützen, zum anderen den Interessen der heimischen Wirtschaft dadurch Rechnung zu tragen, dass unter Vorgabe von Kontingentierungen und staatlichen Kontrollen eine Deckung des Arbeitskräftebedarfs, insbesondere in jenen Branchen, in welchen erfahrungsgemäß inländische Arbeitskräfte schwer zu vermitteln sind, sichergestellt wird. Eine Anwendung des Paragraph 21, VStG kam daher zu Recht nicht in Betracht.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, 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 Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 21. Dezember 2009

Schlagworte

Erschwerende und mildernde Umstände Allgemein

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2008090055.X00

Im RIS seit

27.01.2010

Zuletzt aktualisiert am

26.03.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at