

# TE Vwgh Erkenntnis 2010/3/25 2008/09/0292

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.03.2010

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

60/02 Arbeitnehmerschutz;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

ABGB §1165;

AÜG §4 Abs2;

AuslBG §2 Abs2 idF 2005/I/101;

AuslBG §2 Abs4;

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2005/I/103;

AuslBG §3 Abs1 idF 2006/I/099;

1. ABGB § 1165 heute

2. ABGB § 1165 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. AÜG § 4 heute

2. AÜG § 4 gültig ab 01.07.1988

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 § 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

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie Senatspräsidentin Dr. Händschke und Hofrat Dr. Bachler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des W S M in Wien, vertreten durch Mag. Günter Petzelbauer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz-Josefs-Kai 27/top 3a, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 6. August 2008, Zl. UVS-07/A/1/2833/2008, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 6. August 2008 wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufung gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 28. März 2008 schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. Bau GmbH mit Sitz in W zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin zwei namentlich genannte polnische Staatsangehörige am 20. Juni 2007 auf einer näher bezeichneten Baustelle in W mit Bauhilfsarbeiten beschäftigt habe, obwohl für diese Beschäftigung keiner der beiden Ausländer eine Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gehabt habe. Er habe dadurch die Rechtsvorschriften des § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG verletzt, weshalb er nach dem ersten Strafsatz der letztgenannten Bestimmung mit zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.900,-- (Ersatzfreiheitsstrafen von je einer Woche vier Tagen und fünf Stunden) bestraft wurde. Gleichzeitig wurde ausgesprochen, dass die genannte Bau GmbH gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand für die über ihren handlungsrechtlichen Geschäftsführer verhängte Strafe hafte. Mit dem im Instanzenzug gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 6. August 2008 wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufung gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 28. März 2008 schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der A. Bau GmbH mit Sitz in W zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Arbeitgeberin zwei namentlich genannte polnische Staatsangehörige am 20. Juni 2007 auf einer näher bezeichneten Baustelle in W mit Bauhilfsarbeiten beschäftigt habe, obwohl für diese Beschäftigung keiner der beiden Ausländer eine Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gehabt habe. Er habe dadurch die Rechtsvorschriften des Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, AuslBG verletzt, weshalb er nach dem ersten Strafsatz der letztgenannten Bestimmung mit zwei Geldstrafen in der Höhe von je EUR 1.900,-- (Ersatzfreiheitsstrafen von je einer Woche vier Tagen und fünf Stunden) bestraft wurde. Gleichzeitig wurde ausgesprochen, dass die genannte Bau GmbH gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG zur ungeteilten Hand für die über ihren handlungsrechtlichen Geschäftsführer verhängte Strafe hafte.

Begründend stellte die belangte Behörde zunächst fest, dass der Beschwerdeführer handelsrechtlicher Geschäftsführer der genannten A. Bau GmbH mit Sitz in W sei. Diese Gesellschaft sei seit dem 14. November 2002 zur Ausübung des Gewerbes "Trockenausbau" berechtigt. Die A. Bau GmbH sei mit Schreiben der W. und J. GmbH vom 24. Mai 2007 mit der Herstellung von Trockenbauarbeiten auf einer näher bezeichneten Baustelle in W zu einem Auftragsvolumen von EUR 86.908,-- beauftragt worden. Am 20. Juni 2007 anlässlich einer Kontrolle durch das Finanzamt W seien die zwei polnischen Staatsangehörigen beim Trockenbau auf der Baustelle angetroffen worden.

Der erstgenannte Ausländer habe einen Cutter und ein Maßband in der Hand gehabt und eine kleine Rigipsplatte zugeschnitten, der zweitgenannte Ausländer habe eine Bohrmaschine in der Hand gehabt und eine Aluschiene an der Decke montiert. Für eine Beschäftigung der Ausländer sei keine Berechtigung nach dem AuslBG vorgelegen. Ferner stellte die belangte Behörde fest, mit einem als "Werkvertrag - Trockenbauarbeiten - Bauvorhaben xx" übertitelten Vertrag sei die K. Bau- und Handels GmbH (in Konkurs, ehemaliger Sitz in Österreich) von der A. Bau GmbH mit der Durchführung von Teilleistungen der Trockenbauarbeiten mit einem Gesamtvolumen von EUR 5.280,48 beauftragt worden. Dieser Vertrag lege in den Leistungspositionen mengenmäßig bestimmte Preise fest, die nahezu ausschließlich Lohnanteile enthielten. Die Verrechnung der Leistungen sei getrennt nach Leistungsmonaten mittels Teilrechnung (eine Teilrechnung pro Monat) vereinbart worden. Der Werkvertrag sei deshalb abgeschlossen worden, weil die A. Bau GmbH auch auf anderen Baustellen tätig gewesen sei und dort ihre Arbeitnehmer eingesetzt habe. Die W. und J. GmbH habe aber mit den Arbeiten schon beginnen wollen, weshalb die Einhaltung der Termine wichtig gewesen sei. So habe die A. Bau GmbH die K. Bau- und Handels GmbH mit Teilleistungen beauftragt. Der Bauleiter der A. Bau GmbH habe mit Herrn G. der K. Bau- und Handels GmbH auf der Baustelle ausgemacht, welche Montagearbeiten von dieser durchzuführen seien. Die Arbeiter der K. Bau- und Handels GmbH und jene der A. Bau GmbH hätten auf der Baustelle dieselben Arbeiten durchgeführt, jedoch separat gearbeitet. Es sei eine Ausmaßaufstellung gemacht worden, sodass festgestellt habe werden können, wie viele Quadratmeter von der A. Bau GmbH fertiggestellt worden seien. Nicht die K. Bau- und Handels GmbH habe nach der Kontrolle die Arbeiten nicht fertiggestellt, sondern Arbeitnehmer der A. Bau GmbH. Die Kontrollen habe der Bauleiter des Bauherrn sowie der Bauleiter der A. Bau GmbH durchgeführt. Herr G. (der K. Bau- und Handels GmbH) sei immer wieder auf die Baustelle gekommen, "um nachzusehen was los" sei. Das Material sei nicht von der K. Bau- und Handels GmbH zur Verfügung gestellt worden, sondern lediglich das Werkzeug. Mit Schreiben der A. Bau GmbH vom 4. Juli 2007 seien gegen die K. Bau- und Handels GmbH zwar Schadenersatzansprüche wegen mangelhafter und nicht termingerechter Durchführung der Arbeiten geltend gemacht worden, diese seien aber nicht durchgesetzt worden.

Diesen im Wesentlichen unstrittigen Sachverhalt beurteilte die belangte Behörde sodann rechtlich dahingehend, die beiden polnischen Staatsangehörigen seien Arbeitnehmer der K. Bau- und Handels GmbH gewesen und hätten kein von den Produkten Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der A. Bau GmbH abweichendes, unterscheidbares und der K. Bau- und Handels GmbH zurechenbares Werk hergestellt, sondern vielmehr an dessen Herstellung lediglich mitgewirkt. Die Ausländer hätten dieselben Arbeiten verrichtet wie die Arbeitnehmer der A. Bau GmbH. Der Bauleiter der A. Bau GmbH habe die Arbeiten erst auf der Baustelle zugewiesen. Aus dem Umstand, dass die Ausländer separat gearbeitet hätten, sei für den Beschwerdeführer nichts zu gewinnen gewesen, weil darin nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 AuslBG) die bloße Bildung von Arbeitspartien gelegen sei. Der "Werkvertrag" sei auf Grund von Personalmangel abgeschlossen worden. Er lege in den Leistungspositionen mengenmäßig bestimmte Preise fest, die ausschließlich Lohnanteile enthielten und habe auch die Verrechnung der Leistung nicht nach Beendigung eines Werkes, sondern nach Monaten mittels Teilrechnungen erfolgen sollen. Die Kontrollen seien durch den Bauleiter des Bauherrn sowie durch den Bauleiter der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH erfolgt. Nicht festgestellt habe werden können, dass Mitarbeiter der K. Bau- und Handels GmbH arbeitsbezogene Anweisungen erteilt hätten. Daraus, dass Herr G. immer wieder auf die Baustelle gekommen sei, um "nachzusehen was los sei", könne dies nicht abgeleitet werden. Es sei daher davon auszugehen, dass auch die beiden Ausländer organisatorisch in den Betrieb der A. Bau GmbH eingegliedert und deren Dienst- und Fachaufsicht unterstellt gewesen seien (§ 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG). Die Arbeiten seien auch nicht mit Material der K. Bau- und Handels GmbH geleistet worden. Dem Umstand, dass diese das Werkzeug - es handle sich bei Arbeiten wie diesen lediglich um Kleinwerkzeug - selbst zur Verfügung gestellt hätte, falle dabei nicht ins Gewicht (§ 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG). Ein Haftungsanspruch sei zwar schriftlich vereinbart, tatsächlich jedoch nicht durchgesetzt worden (§ 4 Abs. 2 Z. 4 AÜG). Bei einer Gesamtbetrachtung überwögen daher die Merkmale der Arbeitskräfteüberlassung. Bei den gegenständlichen Trockenbauarbeiten handle es sich um relativ einfache Arbeiten, für welche die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften in Betracht komme. Der formale Umstand, dass die beiden Ausländer jeweils ein freies Gewerbe angemeldet hätten, sei für die Beurteilung des vorliegenden Beschäftigungsverhältnisses nach seinem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht maßgeblich. Insgesamt sei daher von einer Beschäftigung der beiden polnischen Staatsangehörigen in Form der Arbeitskräfteüberlassung durch die A. Bau GmbH als Beschäftigter auszugehen gewesen. Der objektive Tatbestand sei damit erwiesen. Da der Beschwerdeführer sein mangelndes Verschulden an den Verwaltungsübertretungen auch nicht glaubhaft machen können und sich im Beweisverfahren diesbezüglich nichts ergeben hätte, läge auch die subjektive Tatseite

vor. Diesen im Wesentlichen unstrittigen Sachverhalt beurteilte die belangte Behörde sodann rechtlich dahingehend, die beiden polnischen Staatsangehörigen seien Arbeitnehmer der K. Bau- und Handels GmbH gewesen und hätten kein von den Produkten Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der A. Bau GmbH abweichendes, unterscheidbares und der K. Bau- und Handels GmbH zurechenbares Werk hergestellt, sondern vielmehr an dessen Herstellung lediglich mitgewirkt. Die Ausländer hätten dieselben Arbeiten verrichtet wie die Arbeitnehmer der A. Bau GmbH. Der Bauleiter der A. Bau GmbH habe die Arbeiten erst auf der Baustelle zugewiesen. Aus dem Umstand, dass die Ausländer separat gearbeitet hätten, sei für den Beschwerdeführer nichts zu gewinnen gewesen, weil darin nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG) die bloße Bildung von Arbeitspartien gelegen sei. Der "Werkvertrag" sei auf Grund von Personalmangel abgeschlossen worden. Er lege in den Leistungspositionen mengenmäßig bestimmte Preise fest, die ausschließlich Lohnanteile enthielten und habe auch die Verrechnung der Leistung nicht nach Beendigung eines Werkes, sondern nach Monaten mittels Teilrechnungen erfolgen sollen. Die Kontrollen seien durch den Bauleiter des Bauherrn sowie durch den Bauleiter der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH erfolgt. Nicht festgestellt habe werden können, dass Mitarbeiter der K. Bau- und Handels GmbH arbeitsbezogene Anweisungen erteilt hätten. Daraus, dass Herr G. immer wieder auf die Baustelle gekommen sei, um "nachzusehen was los sei", könne dies nicht abgeleitet werden. Es sei daher davon auszugehen, dass auch die beiden Ausländer organisatorisch in den Betrieb der A. Bau GmbH eingegliedert und deren Dienst- und Fachaufsicht unterstellt gewesen seien (Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG). Die Arbeiten seien auch nicht mit Material der K. Bau- und Handels GmbH geleistet worden. Dem Umstand, dass diese das Werkzeug - es handle sich bei Arbeiten wie diesen lediglich um Kleinwerkzeug - selbst zur Verfügung gestellt hätte, falle dabei nicht ins Gewicht (Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG). Ein Haftungsanspruch sei zwar schriftlich vereinbart, tatsächlich jedoch nicht durchgesetzt worden (Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 4, AÜG). Bei einer Gesamtbetrachtung überwögen daher die Merkmale der Arbeitskräfteüberlassung. Bei den gegenständlichen Trockenbauarbeiten handle es sich um relativ einfache Arbeiten, für welche die Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften in Betracht komme. Der formale Umstand, dass die beiden Ausländer jeweils ein freies Gewerbe angemeldet hätten, sei für die Beurteilung des vorliegenden Beschäftigungsverhältnisses nach seinem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht maßgeblich. Insgesamt sei daher von einer Beschäftigung der beiden polnischen Staatsangehörigen in Form der Arbeitskräfteüberlassung durch die A. Bau GmbH als Beschäftiger auszugehen gewesen. Der objektive Tatbestand sei damit erwiesen. Da der Beschwerdeführer sein mangelndes Verschulden an den Verwaltungsübertretungen auch nicht glaubhaft machen können und sich im Beweisverfahren diesbezüglich nichts ergeben hätte, läge auch die subjektive Tatseite vor. Im Übrigen legte die belangte Behörde die Gründe ihrer Strafbemessung dar.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, nahm jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand, sondern beantragte lediglich die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

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. 4 erster Satz dieser Bestimmung 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, erster Satz dieser Bestimmung 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 § 3 Abs. 1 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 99/2006 darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt. Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2006, darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder eine "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" oder einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 103/2005 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 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 103 aus 2005, 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 bestreitet der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung und macht geltend, die belangte Behörde hätte aus den konkret von ihr getroffenen Feststellungen den Schluss ziehen müssen, dass die Ausländer auf Grund des mit der K. Bau- und Handels GmbH abgeschlossenen Werkvertrages tätig geworden seien; sie habe auch zu Unrecht außer Acht gelassen, dass die beiden polnischen Staatsangehörigen im Besitze von Gewerbeberechtigungen gewesen seien, weshalb die in § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG normierte Ausnahme vorliege. In Ausführung der Beschwerde bestreitet der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung und macht geltend, die belangte Behörde hätte aus den konkret von ihr getroffenen

Feststellungen den Schluss ziehen müssen, dass die Ausländer auf Grund des mit der K. Bau- und Handels GmbH abgeschlossenen Werkvertrages tätig geworden seien; sie habe auch zu Unrecht außer Acht gelassen, dass die beiden polnischen Staatsangehörigen im Besitze von Gewerbeberechtigungen gewesen seien, weshalb die in Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG normierte Ausnahme vorliege.

Ein mangelndes Verschulden sieht der Beschwerdeführer darin, dass ihm als Werkauftraggeber nicht bekannt gewesen sei oder hätte sein müssen, aus welchem Rechtstitel die beiden Ausländer, die Inhaber von Gewerbebescheinen gewesen seien, für die K. Bau- und Handels GmbH tätig geworden seien.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht der Beschwerdeführer die Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit der getroffenen Feststellungen sowie Aktenwidrigkeiten in Bezug auf die im Zusammenhang mit der rechtlichen Qualifikation der tatsächlichen Handhabung des zwischen dem vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens und der K. Bau- und Handels GmbH abgeschlossenen Werkvertrages geltend. Insbesondere sei von der belangten Behörde auch zu Unrecht nicht festgestellt worden, dass dem Beschwerdeführer gar nicht bekannt gewesen sei, "in welchem Beschäftigungsverhältnis die beiden Polen" zur K. Bau- und Handels GmbH gestanden seien.

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 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN). 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 (vergleiche, z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/08/0003, mwN).

Im vorliegenden Fall blieb unbestritten, dass den Ausländern die Arbeiten vom Bauleiter der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft erst auf der Baustelle zugewiesen wurden und dass in den im "Werkvertrag" mengenmäßig festgesetzten Preisen der einzelnen Leistungspositionen nahezu ausschließlich Lohnanteile enthalten waren. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. September 2009, ZI. 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. Auch im vorliegenden Fall kann die Beurteilung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig erachtet werden, dass die Aspekte einer Arbeitskräfteüberlassung und damit einer Beschäftigung der Ausländer durch das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen jene eines Werkvertrages überwogen und daher eine bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne des § 2 AuslBG vorlag. Selbst wenn man nämlich mit dem Beschwerdeführer davon ausginge, dass im vorliegenden Fall ein Werkvertrag vorläge, so kann das Ergebnis der von der belangten Behörde anhand der Kriterien des § 4 Abs. 2 AÜG angestellten Gesamtbeurteilung letztlich nicht als rechtswidrig erachtet werden, zumal die ausländischen Arbeitskräfte jedenfalls der Art nach (wenn auch räumlich möglicherweise abgrenzbar) kein von den Produkten, Dienstleistungen

und Zwischenergebnissen der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH abweichendes, unterscheidbares Werk hergestellt haben und zwar in Erfüllung eines an das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen erteilten Gesamtauftrages. Im Übrigen handelt es sich bei Trockenbauarbeiten der vorliegenden Art um einfache manipulative Tätigkeiten, die in der Regel kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 4. September 2003, ZI. 2001/09/0060, und vom 15. Mai 2008, ZI. 2007/09/0306 mwN). Liegt aber bereits auch nur eines der in § 4 Abs. 2 AÜG genannten Kriterien vor, ist von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. November 2008, ZI. 2008/09/0174, und vom 24. Juni 2009, ZI. 2008/09/0094). Im vorliegenden Fall blieb unbestritten, dass den Ausländern die Arbeiten vom Bauleiter der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft erst auf der Baustelle zugewiesen wurden und dass in den im "Werkvertrag" mengenmäßig festgesetzten Preisen der einzelnen Leistungspositionen nahezu ausschließlich Lohnanteile enthalten waren. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. September 2009, ZI. 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. Auch im vorliegenden Fall kann die Beurteilung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig erachtet werden, dass die Aspekte einer Arbeitskräfteüberlassung und damit einer Beschäftigung der Ausländer durch das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen jene eines Werkvertrages überwogen und daher eine bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne des Paragraph 2, AuslBG vorlag. Selbst wenn man nämlich mit dem Beschwerdeführer davon ausginge, dass im vorliegenden Fall ein Werkvertrag vorläge, so kann das Ergebnis der von der belangten Behörde anhand der Kriterien des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG angestellten Gesamtbeurteilung letztlich nicht als rechtswidrig erachtet werden, zumal die ausländischen Arbeitskräfte jedenfalls der Art nach (wenn auch räumlich möglicherweise abgrenzbar) kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen der vom Beschwerdeführer vertretenen GmbH abweichendes, unterscheidbares Werk hergestellt haben und zwar in Erfüllung eines an das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen erteilten Gesamtauftrages. Im Übrigen handelt es sich bei Trockenbauarbeiten der vorliegenden Art um einfache manipulative Tätigkeiten, die in der Regel kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 4. September 2003, ZI. 2001/09/0060, und vom 15. Mai 2008, ZI. 2007/09/0306 mwN). Liegt aber bereits auch nur eines der in Paragraph 4, Absatz 2, AÜG genannten Kriterien vor, ist von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. November 2008, ZI. 2008/09/0174, und vom 24. Juni 2009, ZI. 2008/09/0094).

Auch im Hinblick darauf, dass die Geltendmachung durchsetzbarer Gewährleistungsansprüche zutreffender Weise von der belangten Behörde nicht zur Feststellung erhoben wurde, weil sie nur undifferenziert und lediglich prophylaktisch in dem Schreiben vom 4. Juli 2007 angekündigt worden war, erheben sich keine Bedenken dagegen, dass die belangte Behörde angesichts der festgestellten Sachverhaltselemente im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis gelangte, dass unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes (§ 2 Abs. 4 AuslBG) des Einsatzes der ausländischen Arbeitskräfte im vorliegenden Fall davon auszugehen war, dass eine Überlassung von Arbeitskräften an das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen vorlag, und die Verwendung der ausländischen Arbeitskräfte daher gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG als Beschäftigung zu qualifizieren war. Bereits aus diesem Grund kann es dahingestellt bleiben, ob die durchgeführten Fachkontrollen auch, das heißt: neben dem Bauleiter des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens und des Bauherrn, durch G., einen Dienstnehmer der K. Bau- und Handels GmbH, erfolgten oder nicht. Auch im Hinblick darauf, dass die Geltendmachung durchsetzbarer Gewährleistungsansprüche zutreffender Weise von der belangten Behörde nicht zur Feststellung erhoben wurde, weil sie nur undifferenziert und lediglich prophylaktisch in dem Schreiben vom 4. Juli 2007 angekündigt worden war, erheben sich keine Bedenken dagegen, dass die belangte Behörde angesichts der festgestellten Sachverhaltselemente im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis gelangte, dass unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes (Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG) des Einsatzes der ausländischen Arbeitskräfte im vorliegenden Fall davon auszugehen war, dass eine Überlassung von Arbeitskräften an das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen vorlag, und die Verwendung der ausländischen Arbeitskräfte daher gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Litera e, AuslBG als Beschäftigung zu qualifizieren war. Bereits aus diesem Grund kann es dahingestellt bleiben, ob die durchgeführten Fachkontrollen auch, das heißt: neben dem Bauleiter des vom Beschwerdeführer vertretenen Unternehmens und des Bauherrn, durch G., einen Dienstnehmer der K. Bau- und Handels GmbH, erfolgten oder nicht.

An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die Ausländer im Besitze von Gewerbeberechtigungen waren, weil der

bloß formale Umstand, dass ein Ausländer im Besitz einer Gewerbeberechtigung war, für die Beurteilung seiner sachverhaltsmäßig festgestellten Tätigkeit dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich ist. Ausländer, die formell im Besitz von Gewerbeberechtigungen waren, nach der nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (§ 2 Abs. 4 AuslBG) vorzunehmenden Beurteilung ihrer Tätigkeit aber de facto nicht selbständig sind, waren schon vor der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005 nicht vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen; dies gilt umso mehr nach der Rechtslage seit der Novelle BGBl. I Nr. 101/2005, durch die in § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG der Halbsatz "sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird" entfallen ist. An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die Ausländer im Besitze von Gewerbeberechtigungen waren, weil der bloß formale Umstand, dass ein Ausländer im Besitz einer Gewerbeberechtigung war, für die Beurteilung seiner sachverhaltsmäßig festgestellten Tätigkeit dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich ist. Ausländer, die formell im Besitz von Gewerbeberechtigungen waren, nach der nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt (Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG) vorzunehmenden Beurteilung ihrer Tätigkeit aber de facto nicht selbständig sind, waren schon vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 101 aus 2005, nicht vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen; dies gilt umso mehr nach der Rechtslage seit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 101 aus 2005,, durch die in Paragraph 2, Absatz 2, Litera b, AuslBG der Halbsatz "sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird" entfallen ist. Insoweit der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften "Aktenwidrigkeiten" rügt, ist ihm entgegen zu halten, dass solche lediglich dann anzunehmen sind, wenn der Akteninhalt unrichtig wiedergegeben wurde, nicht aber, wenn Feststellungen getroffen werden, die auf Grund der Beweiswürdigung oder einer anders lautenden rechtlichen Beurteilung mit den Behauptungen einer Partei nicht übereinstimmen. In diesem Sinne liegen Aktenwidrigkeiten hier nicht vor. Sollte der Beschwerdeführer mit der Behauptung von "Aktenwidrigkeiten" aber die Beweiswürdigung der belangten Behörde zu bekämpfen suchen, so stellt er nur eine Behauptung den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, da die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nämlich nicht befugt, an die Stelle einer schlüssigen Beweiswürdigung der belangten Behörde eine andere, allenfalls auch schlüssige Beweiswürdigung zu setzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0002). Insoweit der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften "Aktenwidrigkeiten" rügt, ist ihm entgegen zu halten, dass solche lediglich dann anzunehmen sind, wenn der Akteninhalt unrichtig wiedergegeben wurde, nicht aber, wenn Feststellungen getroffen werden, die auf Grund der Beweiswürdigung oder einer anders lautenden rechtlichen Beurteilung mit den Behauptungen einer Partei nicht übereinstimmen. In diesem Sinne liegen Aktenwidrigkeiten hier nicht vor. Sollte der Beschwerdeführer mit der Behauptung von "Aktenwidrigkeiten" aber die Beweiswürdigung der belangten Behörde zu bekämpfen suchen, so stellt er nur eine Behauptung den Feststellungen der belangten Behörde gegenüber, ohne dass dargelegt würde, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig wäre. Einer solchen Darlegung bedürfte es aber, da die Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht schon mit der Behauptung mit Erfolg angegriffen werden kann, dass auch ein anderes (gegenteiliges) Ergebnis schlüssig begründbar gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof ist nämlich nicht befugt, an die Stelle einer schlüssigen Beweiswürdigung der belangten Behörde eine andere, allenfalls auch schlüssige Beweiswürdigung zu setzen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0002).

Die belangte Behörde hat sohin zu Recht die objektive Tatseite bejaht.

Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, ihn treffe kein Verschulden, weil er nicht gewusst habe bzw. nicht habe wissen können, dass von der K. Bau- und Handels GmbH Ausländer für die Auftragserfüllung eingesetzt worden seien, ohne dass die erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen vorgelegen seien, so kann ihm nicht gefolgt werden. Übertretungen nach dem § 28 Abs. 1 AuslBG sind nämlich Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. In einem solchen Fall ist das verantwortliche Organ strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. In einem solchen Fall hat bei Erfüllung des objektiven Tatbildes der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche

glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft. Solange dies nicht der Fall ist, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es wäre daher Sache des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 30. Jänner 2006, Zl. 2004/09/0222). In dem vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren nach dem AuslBG hätte der Beschwerdeführer etwa darzulegen gehabt, dass in dem Unternehmen, für welches er die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung trägt, ein Kontrollsystem eingerichtet ist, das mit gutem Grund erwarten lässt, dass es die tatsächliche Einhaltung der Ausländerbeschäftigungsvorschriften sicherstellt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2008, Zl. 2007/09/0375). Der Beschwerdeführer hat nichts dergleichen behauptet geschweige denn einen Nachweis für ein wirksames Kontrollsystem nicht einmal ansatzweise erbracht. Der angefochtene Bescheid kann daher auch hinsichtlich der Annahme eines Verschuldens des Beschwerdeführers nicht als rechtswidrig erkannt werden. Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, ihn treffe kein Verschulden, weil er nicht gewusst habe bzw. nicht habe wissen können, dass von der K. Bau- und Handels GmbH Ausländer für die Auftragserfüllung eingesetzt worden seien, ohne dass die erforderlichen arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen vorgelegen seien, so kann ihm nicht gefolgt werden. Übertretungen nach dem Paragraph 28, Absatz eins, AuslBG sind nämlich Ungehorsamsdelikte im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. In einem solchen Fall ist das verantwortliche Organ strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm daher eine Unterlassung zur Last. In einem solchen Fall hat bei Erfüllung des objektiven Tatbildes der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft. Solange dies nicht der Fall ist, hat die Behörde anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Es wäre daher Sache des Beschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 30. Jänner 2006, Zl. 2004/09/0222). In dem vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren nach dem AuslBG hätte der Beschwerdeführer etwa darzulegen gehabt, dass in dem Unternehmen, für welches er die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung trägt, ein Kontrollsystem eingerichtet ist, das mit gutem Grund erwarten lässt, dass es die tatsächliche Einhaltung der Ausländerbeschäftigungsvorschriften sicherstellt vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 16. Dezember 2008, Zl. 2007/09/0375). Der Beschwerdeführer hat nichts dergleichen behauptet geschweige denn einen Nachweis für ein wirksames Kontrollsystem nicht einmal ansatzweise erbracht. Der angefochtene Bescheid kann daher auch hinsichtlich der Annahme eines Verschuldens des Beschwerdeführers nicht als rechtswidrig erkannt werden.

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 25. März 2010

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2010:2008090292.X00

**Im RIS seit**

24.04.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

30.06.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)