

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

30.09.2010

Geschäftszahl

2009/09/0261

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2009/09/0263

Serie (erledigt im gleichen Sinn):

2009/09/0258 E 9. Dezember 2010

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, über die Beschwerden des KG in G, vertreten durch Dr. Michael Schneditz-Bolfras, Dr. Fritz Vierthaler und Dr. Christoph Mizelli, Rechtsanwälte in 4810 Gmunden, Marktplatz 16, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 16. September 2009, 1.) Zl. VwSen-251731/44/Py/Ba und

2.) Zl. VwSen-251726/44/Py/Ba, betreffend Bestrafungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von je EUR 610,60, das sind insgesamt EUR 1.221,20, binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen erstangefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 16. September 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen hin berufenes Organ der P GmbH in G verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass fünf näher bezeichnete polnische Staatsangehörige vom 8. Dezember 2006 bis 13. Dezember 2006, zwei weitere näher bezeichnete polnische Staatsangehörige vom 12. Dezember 2006 bis 13. Dezember 2006 auf der Baustelle in V als Bauhilfsarbeiter beschäftigt worden seien, obwohl für diese keine näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch sieben Übertretungen gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden sieben Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 42 Stunden) verhängt.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen zweitangefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 16. September 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen hin berufenes Organ der P GmbH in G verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass zwei näher bezeichnete polnische Staatsangehörige vom 13. November 2006 bis 28. November 2006, drei weitere näher bezeichnete polnische Staatsangehörige vom 27. November 2006 bis 28. November 2006 und drei weitere näher bezeichnete polnische Staatsangehörige am

28. November 2006 auf der Baustelle in V als Bauhilfsarbeiter beschäftigt worden seien, obwohl für diese keine näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen seien.

Der Beschwerdeführer habe dadurch acht Übertretungen gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Es wurden acht Geldstrafen in der Höhe von je EUR 2.500,-- (im Nichteinbringungsfall Ersatzfreiheitsstrafen von je 42 Stunden) verhängt.

In der Begründung des erstangefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges und Hinweis auf die mehrfach erstreckte mündliche Berufungsverhandlung, die gemäß § 51e Abs. 7 VStG gemeinsam mit den Verhandlungen zum zweitangefochtenen Bescheid sowie zu weiteren gleichartigen bei der belangten Behörde anhängigen Verfahren durchgeführt worden waren, zum Sachverhalt Folgendes aus (der zweitangefochtene Bescheid unterscheidet sich im Wesentlichen nur durch die Namen der ausländischen Arbeitnehmer und "Firmen", Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Der (Beschwerdeführer) ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH. Die Geschäftstätigkeit der Firma bezieht sich auf Trockenbauleistungen, worunter die Herstellung von Gipskartonzwischenwänden und abgehängten Decken in Gebäuden zu verstehen ist.

Im Jahr 1994, in welchem die bis dahin als Einzelfirma geführte Baufirma P in eine GmbH umgewandelt wurde, vereinbarte der (Beschwerdeführer) mit dem Mitgeschäftsführer, Herrn KP, eine interne Aufgabenverteilung, wonach der (Beschwerdeführer) für den Verkauf, Herr KP für die Verwaltung, Organisation und Baustellenabwicklung zuständig ist.

Im Jahr 2006 übernahm die P GmbH beim Bauvorhaben 'Hotel Schloss V' im Altbau den Auftrag zur Errichtung von abgehängten Decken mit einer Auftragssumme von rund 250.000 Euro.

Als für das Projekt zuständiger Bauleiter im Unternehmen wurde Herrn JG eingesetzt, dem neben der Materialbestellung und der Baustellenbetreuung auch der für die Baustelle erforderliche Personaleinsatz oblag.

Während der im Herbst des Jahres 2006 beginnenden Bauphase setzte die P GmbH auf der Baustelle ständig zwei Mitarbeiter aus dem eigenen Stammpersonal ein, insgesamt waren maximal zwölf eigene Arbeitnehmer der P GmbH auf der Baustelle tätig. Ihnen oblag die Montage der abgehängten Decken, teilweise wurden von ihnen auch Verspachtelungsarbeiten durchgeführt. Herr JG besuchte die Baustelle regelmäßig, um an den Baubesprechungen teilzunehmen, eine Baubegehung mit dem auf der Baustelle der P GmbH aufhältigen Vorarbeiter sowie regelmäßige Qualitäts- Ausführungs- und Sicherheitskontrollen durchzuführen.

Nachdem beim gegenständlichen Bauvorhaben ein Personalbedarf an Arbeitskräften für die Verspachtelung der mit eigenem Personal der P GmbH montierten Gipskartonplatten bestand, setzte sich Herr JG mit Herrn JC in Verbindung und teilte ihm mit, dass er für das Bauvorhaben Schlosshotel V Spachtelarbeiter brauche.

Herr JC, Inhaber der 'Firma JC', die ein Gewerbe lautend auf 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten' angemeldet hatte, bot sich bereits im Mai 2006 bei der P GmbH als Subunternehmer an. Bereits zu diesem Zeitpunkt wies die Firma JC keinerlei Arbeitnehmer auf. Aufgrund dieses Angebotes wurde zwischen der Firma JC und der P GmbH ein mit 6. Juli 2006 datierter **'Rahmenvertrag betreffend Werkverträge für Trockenbauleistungen'** abgeschlossen, der unter Punkt 1. als *Zielsetzung des Rahmenvertrages* die Regelung der Grundlagen für zukünftige 'Projektbezogene Werkverträge für Trockenbauleistungen' festlegte.

Unter Punkt 3. wurde vereinbart, dass *die konkrete Beauftragung ausschließlich durch Projektbezogene Werkverträge für Trockenbauleistungen mit Bezug auf das Leistungsverzeichnis eines konkreten Bauprojekts und auf die technisch-rechtlichen Vertragsbedingungen der Bauherrenschaft erfolgt.*

Unter Punkt 17 wird als Punkt *Auftragsweitergabe* vereinbart, dass *die Weitergabe eines gesamten Verkauftrages oder von Teilen eines Auftrages der ausdrücklichen Zustimmung durch den Auftraggeber bedarf. Ausdrückliche Zustimmungen sind jeweils nur projektbezogen gültig.*

Aufgrund seiner Anfrage betreffend Spachtelarbeiter für das Bauvorhaben Schlosshotel V teilte Herr JC Herrn JG mit, dass er die angefragte Arbeit nicht alleine erledigen könne, sondern zusätzliche Personen benötigen würde. Herr JG stimmte dem zu und wies auf das Erfordernis entsprechender Arbeitspapiere hin. Dazu teilte Herr JC mit, dass die Arbeiter alle einen Gewerbeschein haben. Weiter wurde darüber nicht gesprochen. Tatsächlich wiesen die über die Firma JC auf der Baustelle eingesetzten Arbeiter Gewerbescheine des Magistrats der Stadt Wien, lautend auf 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit' auf.

Herr JG schloss zunächst datiert mit 23.11.2006 als Auftraggeber P GmbH mit der Firma JC als Auftragnehmerin einen als **'Werkvertrag für Trockenbauleistungen'** bezeichneten Vertrag betreffend das Bauvorhaben *Schlosshotel V*, ... mit folgendem Wortlaut ab (sofern handschriftliche Einfügungen in den vorgedruckten Mustertext erfolgten sind diese kursiv gesetzt):

'Der Auftraggeber beauftragt hiermit den Auftragnehmer in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu den Bedingungen des Rahmenvertrages vom und zu nachfolgend angeführten Bedingungen mit der Ausführung von Trockenbauleistungen laut

übergebenem Leistungsverzeichnis/..... entsprechend den Positionen/..... bis/..... des Leistungsverzeichnisses mit einer Auftragssumme von ca. EUR netto.

Ausführungsfristen, Vertragsabwicklung, Pönale und Schadenersatz:

Die Montage beginnt am 27.11.06 und ist bis Ende 06 fertig zu stellen. Pönale bei Überschreitung der vereinbarten Ausführungsfristen oder bekanntgegebenen Zwischenterminen pro Überschreitungstag laut Rahmenvertrag Euro 110 (in Worten: Euro einhundertzehn).

Sonderevereinbarungen:

Vollflächige Spachtelung Decke/Schürze inklusive
Kantenschutz ... 3,30 Euro pro Quadratmeter.
Acrylfuge ... 0,53 Euro pro Meter
Regiestunde ... 21,80 Euro pro Stunde'

Laut Vertrag wurden der Vereinbarung keine Beilagen (Preisliste, Leistungsverzeichnis, Ausführungspläne oder Terminplan) angefügt.

Datiert mit 7.12.2006 wurde neuerlich ein entsprechender Mustervertrag abgeschlossen, der auf den Rahmenvertrag vom 6.7.2006 Bezug nimmt und die Ausführung von Trockenbauleistungen mit einer Auftragssumme von ca. 6.000 Euro netto beinhaltet. Angaben betreffend ein Leistungsverzeichnis sind nicht enthalten. Zu den Ausführungsfristen wurde angeführt: 'die Montage beginnt mit 8.12. und ist bis 19.12.2006 fertig zu stellen'.

Unter Sonderevereinbarung wurde handschriftlich vermerkt:

'Spachtelarbeiten für BT Aa bis Ad E+3-E-1
Vollflächige Spachtelung für Decken/Schürzen inklusive
Kantenschutz ... 3,30 Euro pro Quadratmeter
Acrylfuge ... 0,53 Euro pro Meter
Regiestunde (Ausbesserungen für Firma K+K als Ersatzvornahme) ...
21,80 Euro pro Stunde.'

Anlässlich einer Anschlusskontrolle beim Bauvorhaben Hotel Schloss V wurde durch die KIAB am 13. Dezember 2006 festgestellt, dass auf der Baustelle die von der 'Firma JC' an die P GmbH überlassenen polnischen Staatsangehörigen

DG, geb. ..., vom 08.12.2006 bis 13.12.2006,
KD, geb. ..., vom 08.12.2006 bis 13.12.2006,
MM, geb. ..., vom 12.12.2006 bis 13.12.2006,
SE, geb. ..., vom 12.12.2006 bis 13.12.2006 und WJ, geb. ..., vom 08.12.2006 bis 13.12.2006,
sowie die von der 'Firma B' überlassenen polnischen
Staatsangehörigen

MP, geb. ..., vom 08.12.2006 bis 13.12.2006 und NW, geb. ..., vom 08.12.2006 bis 13.12.2006

mit Verspachtelungsarbeiten beschäftigt wurden. Arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen für diese Beschäftigungen lagen nicht vor. Bereits anlässlich einer Baustellenkontrolle durch die KIAB am 28. November 2006 wurde Anzeige gegen die P GmbH wegen der unberechtigten Beschäftigung ausländischer Staatsangehöriger beim gegenständlichen Bauvorhaben erstattet.

In der mündlichen Berufungsverhandlung wurden vom Rechtsvertreter des (Beschwerdeführers) Übersichtspläne des Bauvorhabens Maßstab 1:500 vorgelegt, die datiert mit 30.11.2006 einen Firmenstempel der Firmen JC und P GmbH aufweisen.

Aufgrund der Kontrolle wurde von der P GmbH ein als '**Werkvertrag - Subvertrag**' bezeichneter, undatiertes und nur seitens der Firma B unterzeichneter 'Montagevertrag' mit Herrn NW, betreffend das Bauvorhaben *Schloßhotel V* über die Montage von Stw. Vss. (gemeint Ständerwände und Vorsatzschalen) lt. LV Pos (Decken) mit Gesamtauftragssumme 1000.- in der KW 50 bis KW 51 vorgelegt. Tatsächlich wurden die ausländischen Arbeiter bei Spachtelarbeiten angetroffen. Bei der Kontrolle gaben Herr NW und Herr MP gegenüber der KIAB an, von Herrn ZB zur Baustelle geschickt worden zu sein. Ein Werkvertrag zwischen der P GmbH und der Firma B wurde nicht vorgelegt.

Das erforderliche Material für die Spachtelarbeiten wurde von der P GmbH beigestellt, das erforderliche Werkzeug (Spachtel, Kübel, Kleinmaterial etc.) hatten die Ausländer mit.

Die Entlohnung der von der Firma JC überlassenen Arbeiter durch die P GmbH erfolgte nach geleisteten Quadratmetern, wobei für schwierige Arbeiten (z.B. enge Zugänge) ein höherer Quadratmeterpreis verrechnet

wurde. Die über die Firma B zur Verfügung gestellten polnischen Staatsangehörigen MP und NW gaben bei der Kontrolle an, 110 Euro pro Tag für ihre Spachteltätigkeit zu erhalten.

Die ausländischen Staatsangehörigen kamen selbstständig zur Baustelle. Dort wurde ihnen von Herrn JG oder dem auf der Baustelle tätigen Vorarbeiter bzw. Partieführer der P GmbH gezeigt, in welchen Bereichen dieerspachtelungen durchzuführen sind, teilweise wurde ihnen vom Vertreter der P GmbH - abhängig vom Fertigstellungsgrad der von den eigenen Arbeitern der P GmbH durchgeführten Arbeiten bzw. von den Terminerfordernissen nachfolgender Handwerker - auch die Reihenfolge der zuerspachtelnden Flächen vorgegeben. Teilweise mussten von ihnen auch Ausbesserungsarbeiten an bereits vorgerspachtelten Flächen durchgeführt werden. Herrn JG bzw. der auf der Baustelle der P GmbH anwesende Polier stand auch für sonstige Rückfragen zur Verfügung. Die Ausländer gaben anlässlich der Kontrolle an, dass Herr JG neben Anweisungen auch die geleistete Arbeit überwacht.

Im Übrigen arbeiteten die Arbeiter der P GmbH auf der Baustelle getrennt von den, teilweise im Arbeitsverbund arbeitenden, ausländischen Staatsangehörigen.

Herr JG sorgte auch für die Unterkunft der ausländischen Staatsangehörigen in der Nähe der Baustelle. Diese wurde von den Ausländern nicht selbst bezahlt sondern gingen diese davon aus, dass das Quartier durch Herrn JG bzw. die P GmbH bezahlt wird. Die Ausländer waren auf der Baustelle im Wesentlichen an die für die Arbeiter der P GmbH geltenden Arbeitszeiten gebunden und benutzten mit diesen gemeinsam die Aufenthaltsräume. Anlässlich der Kontrolle gaben die Ausländer an, für die P GmbH auf der Baustelle zu arbeiten. Die Ausländer gingen auch davon aus, dass die Haftung für die von ihnen geleistete Arbeit bei der P GmbH liegt.

Im vom (Beschwerdeführer) vertretenen Unternehmen ist kein ausreichendes Kontrollsystem eingerichtet, mit dem die Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sichergestellt wird."

Anschließend legte die belangte Behörde ihre detaillierten Erwägungen zur Beweiswürdigung dar. Nach Wiedergabe der relevanten Gesetzesstellen führte die belangte Behörde zur rechtlichen Beurteilung u.a. aus:

"Im gegenständlichen Fall handelte es sich bei den von den ausländischen Staatsangehörigen durchgeführten Tätigkeiten, nämlich demerspachteln von vormontierten Rigipsplatten, um relativ einfache Arbeiten ... Aus den in der mündlichen Berufungsverhandlung einvernommenen Zeugenaussagen ist zudem ersichtlich, dass es sich bei den Arbeiten um einen von mehreren Arbeitsschritten zur Fertigstellung der von der P GmbH durchzuführenden Trockenbauarbeiten auf der Baustelle handelte. In diesem Zusammenhang darf insbesondere auf die Schilderung des Zeugen JC in der mündlichen Verhandlung vom 9. Oktober 2006 verwiesen werden, wonach für ihn oft nicht ersichtlich war, ob die von den Arbeitern der P GmbH geleistete Vorarbeit bereits abgeschlossen ist und daher mit dererspachtelung begonnen werden kann. Es geht daher auch aus dieser Zeugenaussage unzweifelhaft hervor, dass die auf der Baustelle eingesetzten ausländischen Arbeitskräfte offenbar kein von den Dienstleistungen der P GmbH abweichendes, unterscheidbares und der Firma JC zurechenbares Werk hergestellt oder an dessen Herstellung mitgewirkt haben. Gleiches gilt auch für die über die Firma BE auf der Baustelle eingesetzten Arbeiter.

Auch die Vereinbarungen über die Entlohnung sprechen gegen das Vorliegen einer Leistung in Erfüllung eines Werkvertrages. Aufgrund der Zeugenaussagen war hinsichtlich der mit der Firma JC vereinbarten Entlohnung zwar eine mengenmäßige Größe nach m² bzw. lfm vereinbart, diese variierte jedoch je nach zeitlichem Arbeitsaufwand. Hinsichtlich der von der Firma BE überlassenen Arbeiter wurde unwidersprochen eine tagweise Entlohnung vereinbart, was ebenfalls als Indiz für die Verwendung überlassener Arbeitskräfte anzusehen ist. Darüber hinaus ist auf Grund des Ergebnisses des Beweisverfahrens davon auszugehen, dass vom Bauleiter der P GmbH für die Baustelle tatsächlich reine Arbeitskräfte, nämlich konkret 'Spachtler', von den Überlassern angefordert wurden. Weiters hat ein Mitarbeiter der P GmbH die Arbeiten an Ort und Stelle zugewiesen und auch die Fachaufsicht über die von den überlassenen Arbeitskräften durchgeführten Arbeiten ausgeübt. Auch wurde nicht bestritten, dass sich die Arbeiter an der auf der Baustelle vorgegebenen Arbeitszeit der Arbeitnehmer der P GmbH zu orientieren hatten (vgl. dazu TBP vom 17.12.2008, Zeuge JG: 'Die Baustelle war versperrt und man kam nur mit dem Pass hinein. Dadurch waren die Arbeitszeiten von 7.00 bis 17.00 Uhr oder max. 18.00 Uhr.').

Für die erkennende Kammer des Unabhängigen Verwaltungssenates ist daher nicht ersichtlich, inwiefern es sich bei den gegenständlichen Spachtelarbeiten um eine im Vorhinein individualisierte und konkretisierte Leistung gehandelt haben soll. Vielmehr stellt sich die erbrachte Leistung nicht als selbstständiges Teilgewerk dar, sondern als unumgänglich erforderlicher Arbeitsschritt zur Erreichung einer individualisierten Werkleistung, nämlich der vom Unternehmen des (Beschwerdeführers) geschuldeten abgehängten Decken.

Der Umstand, dass die Ausländer bzw. die Firma JC das freie Gewerbe 'erspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten' angemeldet haben, ist auf Grund des Beweisergebnisses ohne Bedeutung, weil es nur auf die Umstände der Ausübung der Tätigkeit ankommt und nicht darauf, ob die Ausländer im Besitz eines Gewerbescheines sind (vgl. VwGH 3.11.2004, 2001/18/0129). In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung, ob sich aus den festgestellten Umständen der Arbeitsleistung eine unselbstständige Beschäftigung im Sinne des AuslBG ergibt, eine Rechtsfrage ist, die nicht Gegenstand eines Sachverständigenbeweises sein kann.

Für die Verwendung überlassener Arbeitskräfte sprechen im gegenständlichen Verfahren insbesondere folgende Merkmale:

- die ausländischen Arbeiter wurden auf einer Baustelle der P GmbH angetroffen;
- die Arbeiter wurden auf Grund eines Arbeitskräftemangels in der P GmbH herangezogen;
- es wurden konkret Arbeitskräfte, nämlich 'Spachtler', angefordert
- auf der Baustelle waren auch Arbeiter der P GmbH anwesend, die zumindest teilweise die selben Arbeiten durchführten;
- die vereinbarten Arbeiten stellen keine konkretisierte und individualisierte Werkleistung dar, sondern Arbeitsleistungen zu vereinbarten Einheitspreisen;
- die von den Ausländern durchgeführte Tätigkeit ist eine zum normalen Arbeitsgeschehen gehörende arbeitstechnische Bearbeitung an den von der P GmbH hergestellten Produkten;
- die Arbeiter waren hinsichtlich ihrer Rahmenarbeitszeit an die Arbeitszeiten gebunden, die auf der Baustelle für die Mitarbeiter der P GmbH galten;
- die Arbeiter bekamen ihr Quartier von einem Mitarbeiter der P GmbH vermittelt und gingen davon aus, dass dieses auch von der P GmbH bezahlt wird;
- die von den ausländischen Arbeitern verrichtete Tätigkeit wurde regelmäßig von einem Mitarbeiter der P GmbH kontrolliert;
- die Arbeiter konnten ihre Tätigkeit nicht

selbstständig auf der Baustelle aufnehmen, sondern mussten von einem Mitarbeiter der P GmbH entsprechend eingewiesen werden und waren auch hinsichtlich des Arbeitsfortschrittes immer wieder auf Angaben durch die Mitarbeiter der P GmbH angewiesen;

- das verwendete Material für die Arbeiter

wurde zur Gänze von der P GmbH beigestellt, das verwendete Werkzeug von den ausländischen Arbeitern, dabei handelte es sich jedoch vorwiegend um Kleinwerkzeug, welches Handwerker üblicherweise mit sich führen;

- das Entgelt für die erbrachte Leistung

orientierte sich ausschließlich an einer Mengenberechnung, die sich zudem hinsichtlich des erforderlichen Zeitaufwandes unterschied;

- der P GmbH war bereits bei Vertragsabschluss bekannt, dass die Firma JC kein eigenes Personal für die Erbringung der erforderlichen Arbeiten zur Verfügung hat;

hinsichtlich der Firma B wurden keine vertraglichen Vereinbarungen mit der P GmbH vorgelegt.

Dem Umstand, dass die Arbeiter räumlich getrennt von den Arbeitern der P GmbH auf der Baustelle tätig wurden und dass Herrn JC anlässlich der getroffenen Vereinbarung ein Übersichtsplan über die Baustelle ausgehändigt wurde, kommt dagegen nur untergeordnete Bedeutung zu.

Im Hinblick auf den Beurteilungsmaßstab des § 2 Abs.4 AuslBG stellt sich daher auf Grund des wahren wirtschaftlichen Gehalts die vorliegende Tätigkeit als Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar."

Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden, Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden, nahezu gleichlautenden Beschwerden.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Verbindung der Beschwerden auf Grund ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass nach Anhang XII Z. 2 der Beitrittsakte Polens zur Europäischen Union die früheren Mitgliedstaaten berechtigt sind, während eines Übergangszeitraums bis zu sieben Jahren (Z. 5) den Zugang polnischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln; Österreich hat von dieser Möglichkeit durch die Erlassung des § 32a Abs. 1 AuslBG Gebrauch gemacht, wonach polnische Staatsangehörige den Bestimmungen des AuslBG unterfallen.

Gemäß § 2 Abs. 2 lit. e AuslBG gilt die Verwendung überlassener Arbeitskräfte als Beschäftigung. Den Arbeitgebern gleichzuhalten ist gemäß § 2 Abs. 3 lit. c in diesen Fällen auch der Beschäftiger der überlassenen

Arbeitskräfte, das ist nach § 3 Abs. 3 AÜG derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

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

"(1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder

2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet."

Der jeweilige Überlasser hat in den gegenständlichen Verfahren seinen Sitz in Österreich, weshalb es sich um keinen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt.

1) Der Beschwerdeführer wendet zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit ein, es seien bereits im Jahre 1994 die "Agenden im Unternehmen" zwischen ihm und dem weiteren Geschäftsführer KP aufgeteilt worden. Er schließt sowohl sachliche als auch rechtliche Folgerungen an. Dieses Vorbringen wurde bereits in den den Beschwerdeführer betreffenden hg. Erkenntnissen vom 16. Dezember 2008, Zl. 2008/09/0285, und vom 9. November 2009, Zl. 2009/09/0201, als ungeeignet für die Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit angesehen. Gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG wird auf die Begründung dieser Erkenntnisse verwiesen.

2) Dem Beschwerdeführer ist auf seinen auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Bezug nehmenden, offenbar die Dienstleistungsfreiheit für polnische und tschechische Staatsangehörige ansprechenden gemeinschaftsrechtlichen Einwand zu antworten, dass diese Freiheit nur für Dienstleistungen als Selbständige gilt. Hinsichtlich der Merkmale etwa des AuslBG, des AÜG, der Gewerbeordnung etc. und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit besteht zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt (vgl. mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, das hg. Erkenntnis vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163). Damit erscheint es im vorliegenden Fall gleichgültig, ob z.B. ein Arbeitsvertrag, eine Beschäftigung oder Arbeitnehmerähnlichkeit im Sinne der inländischen Bestimmungen des AuslBG gegeben ist. Ein Unterordnungsverhältnis liegt aber nach den Feststellungen der belangten Behörde jedenfalls vor. Die belangte Behörde ist aus den unter 3) näher dargestellten Gründen zu Recht von einer unmittelbaren Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte im Betrieb der P GmbH in einem Unterordnungsverhältnis ausgegangen. Damit ist dem auf der Annahme einer selbständigen Tätigkeit jedes der Polen und Tschechen aufgebauten Vorbringens zum Gemeinschaftsrecht (auch im Zusammenhang mit dem Urteil des EuGH vom 22. Dezember 2008, C- 161/07) der Boden entzogen.

Auch zu diesem Vorbringen des Beschwerdeführers hat der Verwaltungsgerichtshof im bereits genannten Erkenntnis vom 9. November 2009, Zl. 2009/09/0201, ausführlich Stellung genommen, weshalb auch in diesem Punkt gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf die Begründung dieses Erkenntnisses verwiesen wird.

3) Hinsichtlich des Vorbringens zur Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung sind die vorliegenden Beschwerdefälle jenem gleichgelagert, welcher dem zitierten hg. Erkenntnis vom 9. November 2009, Zl. 2009/09/0201, zu Grunde lag. Es genügt daher auch diesbezüglich gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf die dortigen Entscheidungsgründe zu verweisen, zumal dieser Beschwerdefall vom selben Beschwerdevertreter eingebracht wurde und dieselbe belangte Behörde betrifft.

4) Ergänzend ist auf die in den vorliegenden Beschwerden neu vorgebrachten Argumente einzugehen:

4.1) Zuständigkeit der Behörde erster Instanz:

Der Beschwerdeführer erkennt selbst, dass nach der ständigen hg. Rechtsprechung im Zusammenhang mit Verfahren nach dem AuslBG als Tatort im Zweifel der Unternehmenssitz anzunehmen ist.

Er behauptet aber, dass sich bereits aus der Anzeige der Finanzbehörde samt "den darin befindlichen Unterlagen" gezeigt hätte, dass es sich bei der gegenständlichen Baustelle in V um eine Baustelle der Niederlassung WN gehandelt habe.

Gemäß § 27 Abs. 2 VStG ist im Falle, dass es ungewiss ist, in welchem Sprengel die Übertretung begangen worden ist, die Behörde zuständig, die zuerst eine Verfolgungshandlung vorgenommen hat.

Das Vorbringen des Beschwerdeführers scheitert schon daran, dass beispielsweise in den dem Strafantrag vom 29. Dezember 2006 beiliegenden "Rahmenwerkverträgen" mit MS vom 9. November 2006 und mit JC vom 7. Juni 2006 als Auftraggeber die P GmbH in G (das ist der Sitz der P GmbH) einleitend genannt ist, dagegen

der Stempel und die Ortsbezeichnung bei der Unterschrift auf die P GmbH in WN (die vom Beschwerdeführer genannte Niederlassung) lauten. Im "Werkvertrag für Trockenbauleistungen" mit JC vom 23. November 2006 ist einleitend die P GmbH in G als Auftraggeber für das "Bauvorhaben: Schlosshotel V" genannt, der Stempel und die Ortsbezeichnung bei der Unterschrift lauten davon abweichend auf die P GmbH in WN. Da sohin bereits die Unterlagen, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, in sich widersprüchlich sind und zum einen Teil auf den Sitz der P GmbH in G lauten, war jedenfalls im Sinne des § 27 Abs. 2 VStG "ungewiss", in welchem Sprengel die Übertretung begangen worden ist, sodass die Zuständigkeit von der Bezirkshauptmannschaft in G, welche die erste Verfolgungsmaßnahme vorgenommen hatte, im Sinne der ständigen Rechtsprechung, dass im Zweifel der Sitz der Gesellschaft als Tatort bei der Begehung von Übertretungen des AuslBG anzunehmen ist, zu Recht in Anspruch genommen wurde.

4.2) Behauptete "Stoffsammelungs- und Begründungsmängel":

4.2.1) Der Beschwerdeführer wirft der Behörde vor, sie habe "Fragmente von Zeugenaussagen aus dem Zusammenhang gerissen". Das vom Beschwerdeführer dazu zitierte Beispiel ist aber schon aus dem einfachen Grund ungeeignet, eine Unschlüssigkeit oder Unvollständigkeit der Beweiswürdigung der belangten Behörde aufzuzeigen, weil sich selbst daraus nicht ableiten lässt, dass es sich bei der behaupteten Vergabe an JC um ein im Vorhinein bestimmtes Werk gehandelt habe, sondern sich im Gegenteil selbst daraus ergibt, dass JC erst nach behauptetem Vertragsabschluss unmittelbar vor Arbeitsbeginn auf der Baustelle vom Bauleiter der P GmbH gezeigt wurde, was zu erledigen sei. Selbst diese Passage stützt demnach in Wahrheit die Beweiswürdigung der belangten Behörde.

4.2.2) Der Beschwerdeführer wirft der belangten Behörde vor, sie sei nur unzureichend auf den Rahmenwerkvertrag eingegangen. Dort sei "eindeutig festgehalten, dass der Vertragspartner ... eigenständig und eigenverantwortlich zu arbeiten habe". Solche Klauseln sind dann völlig ohne jede Aussagekraft, wenn - wie hier -

kein im Vorhinein abgrenzbares Werk vorliegt, sodass die belangte Behörde diese Klauseln zu Recht unbeachtet gelassen hat.

4.3) Der Beschwerdeführer wendet sodann "unzulässige Mehrfachbestrafung" ein. Dieser Vorwurf beruht auf einer Verkennung der Rechtslage, denn das AuslBG sieht - worauf die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zu Recht hinweist - seit der Novelle BGBl. 1988/231 die Beschäftigung eines jeden unberechtigt beschäftigten Ausländers als eigenständig zu ahndende Übertretung an. In den gegenständlichen Fällen liegt keine Identität der auf der Baustelle zu verschiedenen Kontrollzeiten angetroffenen Ausländer vor.

4.4) Der Beschwerdeführer wendet sodann ein, es stelle einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, dass unrichtigerweise das Finanzamt Spittal Villach als Partei am Verfahren teilgenommen habe. Abgabenbehörde sei das Finanzamt am Sitz des betroffenen Unternehmens. Auch damit ist der Beschwerdeführer nicht im Recht.

Die hier in Frage kommenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen lauten für den Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides auszugsweise:

§ 28a AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 99/2006:

"(1) Die Abgabenbehörde hat in Verwaltungsstrafverfahren nach § 28 Abs. 1 Z 1, ... Parteistellung und ist berechtigt, Berufung gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen zu erheben.

(2) Stellt die Abgabenbehörde eine Übertretung fest, die nach

1. § 28 Abs. 1 Z 1 ...

zu bestrafen ist, hat die Abgabenbehörde Strafanzeige an die zuständige Verwaltungsstrafbehörde zu erstatten Mit der Anzeige ist ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen."

§ 49 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961 idF BGBl. I Nr. 20/2009:

"Abgabenbehörden und Parteien.

A. Abgabenbehörden.

1. Allgemeine Bestimmungen.

§ 49. (1) Abgabenbehörden sind die mit der Erhebung der im § 1 bezeichneten öffentlichen Abgaben und Beiträge betrauten Behörden der Abgabenverwaltung des Bundes (§ 52), der Länder und Gemeinden.

(2) Unter Erhebung im Sinn dieses Bundesgesetzes sind alle der Durchführung der Abgabenvorschriften dienenden abgabenbehördlichen Maßnahmen zu verstehen."

§ 3 des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes (AVOG), BGBl. Nr. 18/1975 idF BGBl. I Nr. 24/2007:

"(4) Den Finanzämtern mit allgemeinem Aufgabenkreis obliegen in ihrem Amtsbereich allgemeine Aufsichtsmaßnahmen (§§ 143 und 144 BAO) sowie Ersuchen um Beistand (§§ 158 f BAO) zur Gewinnung von für die Erhebung von Abgaben maßgebenden Daten auch dann, wenn die Verwertung dieser Daten nicht in den eigenen Amtsbereich fällt. Weiters obliegt den Finanzämtern mit allgemeinem Aufgabenkreis für ihren

Amtsbereich unbeschadet der Zuständigkeit anderer Behörden und der den Finanzämtern durch sonstige Rechtsvorschriften übertragenen Aufgaben die Vollziehung der mit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz zugewiesenen Aufgaben.

...

Dies gilt sinngemäß auch für Finanzämter mit besonderem oder erweitertem Aufgabenkreis."

Der Strafantrag vom 29. Dezember 2006 (zweitangefochtener Bescheid) wurde vom BMF, Zollamt Villach, gestellt, der Strafantrag vom 17. Jänner 2007 (erstangefochtener Bescheid) vom BMF Finanzamt Spittal Villach.

Gemäß § 28a Abs. 2 AuslBG hat die Abgabenbehörde, die eine Übertretung feststellt, Anzeige zu erstatten und darin ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen. Dazu waren die den Strafantrag stellenden Dienststellen der Abgabenbehörde jedenfalls im Hinblick auf § 3 Abs. 4 AVOG zuständig. Aus § 28a Abs. 2 AuslBG kommt klar hervor, dass jene Abgabenbehörde den Strafantrag zu stellen hat, welche die Übertretung wahrgenommen hat, was in der Regel jene sein wird, welche "in ihrem Amtsbereich" Überprüfungen durchgeführt hat.

Mangels einer ausdrücklichen entgegenstehenden Regelung ergibt sich bei logischer Anwendung des § 28a Abs. 2 AuslBG, dass im Verwaltungsstrafverfahren jenes Finanzamt, das die Anzeige erstattet hat bzw. dessen Rechtsnachfolger, als Partei beizuziehen ist. Ein Rechtsanspruch des Bestraften auf Beiziehung einer anderen Abgabenbehörde als Partei ist aus dieser Bestimmung nicht ableitbar. Auf die Frage einer allfälligen internen Delegation zwischen den Abgabenbehörden braucht daher nicht mehr eingegangen zu werden.

Doch selbst wenn diesbezüglich ein Verfahrensfehler unterlaufen wäre, gelangte die Beschwerde nicht zum Erfolg, weil der Beschwerdeführer nicht einmal ansatzweise behauptet, was das seiner - verfehlten - Ansicht nach als Partei beizuziehende Finanzamt des Sitzes des betroffenen Unternehmens vorgebracht hätte, um zu einem anderen Bescheid zu gelangen. Er zeigt deshalb die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht auf.

4.5) Der Verfassungsgerichtshof hat mit dem Erkenntnis vom 6. November 2008, G 86, 87/08-15, die Wortfolge ", in dem nur dem Beschuldigten das Recht der Berufung zusteht," in § 51 Abs. 7 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 158/1998, als verfassungswidrig aufgehoben. Die Aufhebung trat mit Ablauf des 31. Oktober 2009 in Kraft.

Der Verfassungsgerichtshof hat des Weiteren ausgesprochen, dass die genannte Wortfolge auf die am 9. Oktober 2008 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahren, denen ein Bescheid zu Grunde liegt, der nach Ablauf der fünfzehnmonatigen Frist des § 51 Abs. 7 VStG erlassen wurde (mit Ausnahme von Privatanklagesachen), nicht mehr anzuwenden ist.

Die angefochtenen Bescheide wurden vor dem 31. Oktober 2009 (Zustellung jeweils am 30. September 2009) erlassen, die gegenständlichen Beschwerden langten am 12. November 2009 beim Verwaltungsgerichtshof ein, weshalb § 51 Abs. 7 VStG in der Fassung vor Aufhebung der genannten Wortfolge anzuwenden ist.

Für eine abweichende Interpretation bleibt kein Raum (vgl. zur weiteren Anwendbarkeit der aufgehobenen Wortfolge des § 51 Abs. 7 VStG innerhalb der vom Verfassungsgerichtshof gesetzten Frist das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 10. Dezember 2009, B 355/09-13, B 356/09-13).

Die belangte Behörde hat die lange Verfahrensdauer als Milderungsgrund iSd § 34 Abs. 2 StGB gewertet und die Strafen herabgesetzt, weshalb auch die Strafbemessung nicht als rechtswidrig zu erkennen ist.

Die Beschwerden waren daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 30. September 2010