

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

18.05.2010

Geschäftszahl

2010/09/0066

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. Plankensteiner, über die Beschwerde des Ing. RE in G, vertreten durch Dr. Gerhard Richter und Dr. Rudolf Zahlbruckner, Rechtsanwälte in 8010 Graz, Bürgergasse 13, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 28. Jänner 2010, Zl. UVS 33.12-3/2009-44, betreffend Bestrafung nach dem AuslBG (weitere Parteien: Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz; Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Auf Grund der gegenständlichen Beschwerde und des mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheides ergibt sich Folgendes:

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 28. Jänner 2010 wurde der Beschwerdeführer - nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung - schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und daher als gemäß § 9 Abs. 1 VStG Verantwortlicher der E GmbH zu verantworten, dass diese auf der Baustelle in N im Zeitraum vom 2. bis 8. Oktober 2008 den von einer näher bezeichneten Gesellschaft mit Sitz in Österreich zur Arbeitsleistung überlassenen polnischen Staatsangehörigen K beschäftigt habe, obwohl für diesen keine der im Einzelnen näher genannten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung gemäß § 3 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) begangen. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Beschwerdeführer gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 erster Strafsatz AuslBG eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,- (im Nichteinbringungsfall 3 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt.

In ihrer Bescheidbegründung führte die belangte Behörde nach Darlegung des Verfahrensganges (auszugsweise) aus (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Schreibfehler im Original):

"Feststellungen:

(Der Beschwerdeführer) ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der E GmbH mit Sitz in G, welche das Gewerbe für Stukkateure und Trockenausbauer, eingeschränkt auf Innenausbau, besitzt und ist zugleich gewerberechtlicher Geschäftsführer (...). Diese schloss mit der T GmbH, ..., den als 'Auftragserteilung' bezeichneten Vertrag vom 25.09.2008 betreffend das Bauvorhaben 'P (in N)', wobei der Auftrag wie folgt umschrieben wurde:

'Verspachteln von Wänden/Decken/Vorsatzschalen;

div. Verkleidungen (inkl. Kleinflächen) + Fugenfüller und Bandagen;

Höhen bis ca. 5 m.

Ausführung: KW 41 - 43/2008 ca. 600 m² GK-Flächen x EUR 4,60 = EUR 2.760,--

ca. 120 lfm Kantenschutz x EUR 3,50 = EUR

420,--

Netto: EUR 3.180,--'

Als Grundlagen des Auftrags wurden das Auftragsschreiben, die mündliche Vereinbarung, die behördlich genehmigten Baupläne, Ausführungs- und Detailpläne für das 2. OG und die einschlägigen Ö-NORMEN genannt. Die weiteren Seiten enthalten folgende Punkte: 2.

Art und Umfang der Leistung, wobei es unter anderem heißt: 'Die Weitergabe des Auftrags an Dritte ist nur mit schriftlicher Zustimmung gestattet', 3. Preisbasis und Abrechnung der Leistung,

4. Rechnungen und Zahlungen, mit der Vereinbarung, dass bei Teilrechnungen 7 % Deckungsrücklass und von der Schlussrechnung 3 % Hafrücklass abgezogen wird, 5. Ausführungsfristen, wobei der 'maximale Leistungszeitraum bis spätestens' nicht genannt ist, 6. Sonstige Bedingungen, wobei es unter a) heißt: 'Voraussetzung für die Auftragserteilung ist das Vorliegen einer Liste Ihrer auf der Baustelle beschäftigten Mitarbeiter mit den entsprechenden Daten und Nachweisen über die ordnungsgemäße Anmeldung bei der Gebietskrankenkasse, bzw. bei Ausländern zusätzlich die entsprechende Arbeitsbewilligung (Beschäftigungsbewilligung, Arbeitserlaubnis, Befreiungsschein). Diese Liste ist im Büro der E GmbH zu hinterlegen und laufend zu ergänzen. Diese Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sind durch den Auftragnehmer zwingend einzuhalten', 7. Sicherheitshinweise - Umwelthinweise und

8. Allgemeine Bestimmungen.

H, der als Bauleiter der E GmbH für diese Baustelle zuständig war, hat diese Vereinbarung telefonisch mit T von der T GmbH getroffen, der der Bruder des handelsrechtlichen Geschäftsführers

dieser GmbH ist und als Bauleiter die Baustellen besuchte. ... H

hat mit T über die Zahl der Arbeitskräfte, die auf der Baustelle einzusetzen waren und über eine allfällige weitere Subvergabe durch die T GmbH nicht gesprochen. Der Subunternehmer T GmbH holte von der E GmbH die laut Auftrag notwendige Zustimmung zu einer weiteren Subvergabe nicht ein.

Die E GmbH, die am 30.09.2008 auf dieser Baustelle mit dem Vorarbeiter S zu arbeiten begann, arbeitete an diesem und am nächsten Tag mit fünf Arbeitern und ab dem übernächsten Tag mit sieben. Ab Donnerstag, 02.10.2008, waren die polnischen Staatsangehörigen K und W dabei. Sie sind zwischen 07.00 und 07.30 Uhr gekommen und haben von da an die Decken verspachtelt. S wusste von H, dass eine Spachtelfirma kommt, die B GmbH war ihm unbekannt. Auch die Namen K und W waren ihm bis zum Beginn der Kontrolle der Baustelle durch Beamte des Finanzamtes N am 08.10.2008 nicht bekannt. Von der E GmbH hat auch immer jemand gespachtelt. S sagte den Arbeitnehmern, welche Flächen sie zu spachteln hatten. Er hat gewusst, wer wo zu spachteln hatte und hat den polnischen Staatsangehörigen die Bereiche angesagt, die der Techniker H dann abgemessen hat. Die Arbeitszeit in der E GmbH dauerte von 07.00 bis 18.00 Uhr mit einstündiger Mittagspause. Wenn keine Spachtelarbeiten anfielen, halfen die polnischen Staatsangehörigen Material zuzugeben, zusammenzuräumen und Material in die Halle zu bringen. Wenn Arbeiter nicht auf der Baustelle erschienen, rief S H an, weil dieser die Leute für die Baustelle einteilte. H hat dann abgeklärt, was passiert war. Bis 08.10.2008 ist kein Mitarbeiter einer anderen Firma zur Baustelle gekommen, um sich über Baufortschritt und Qualität der Arbeit zu erkundigen oder Kontrollen durchzuführen. S kontrollierte die Arbeit von K und W und war verantwortlich, wenn etwas nicht in Ordnung war. H und (der Beschwerdeführer) selbst waren am Anfang an Ort und Stelle gewesen, um das Projekt anzuschauen und ein weiteres Mal am 07.10.2008, um zu kontrollieren, ob alles in Ordnung war oder ob es Probleme gab. K hat im Großen und Ganzen zur gleichen Zeit gearbeitet wie die Arbeitnehmer der E GmbH, ausgenommen wenn etwas fertig zu spachteln war. In diesem Fall hat er länger gearbeitet. S musste wegen des Fertigstellungstermins darauf achten, dass die Leute anwesend waren und gearbeitet wurde. T fuhr einige Male zur Baustelle, um die Spachtelmasse und den Kantenschutz hinzubringen und mit S zu vereinbaren, wo die T GmbH zu arbeiten hatte bzw. wo sie beginnen musste. K war zur Ausübung des Gewerbes 'Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit' berechtigt.

Als Beamte des Finanzamtes N die Baustelle P in N am 08.10.2008 kontrollierten, wurde K bei Spachtelarbeiten an der Decke angetroffen. Es lag keine Bewilligung nach dem AuslBG für seine Beschäftigung vor.

Die T GmbH legte an die E GmbH die Rechnungen vom 10.10.2008 für die LW 41 betreffend das Bauvorhaben P in N mit der Summe EUR 2.530,00 als Pauschale und vom 19.10.2008 für LW 42 betreffend das gleiche Bauvorhaben über die Summe von EUR 618,75 als Pauschale.

Beweiswürdigung:

Die Ermittlung des Sachverhalts nahm ihren Ausgang bei einer Kontrolle der Baustelle P in N, am 08.10.2008 durch Beamte des Finanzamtes N, von denen C und J vo(n der belangten Behörde) als Zeugen vernommen wurden. C hat die Angaben des Vorarbeiters S am 08.10.2008 in einer Niederschrift handschriftlich festgehalten, wobei sich bei seiner Vernehmung vor de(r belangten Behörde) der Eindruck ergab, dass die Aufnahme der Niederschrift im Großen und Ganzen korrekt erfolgte. Der Zeuge J war nicht als Teil des Teams KIAB, sondern als Finanzbeamter an der Kontrolle beteiligt, für den es darum ging, ob es sich bei K um einen Selbstständigen oder Unselbstständigen handelt, sodass nicht vorausgesetzt werden kann, dass er Erfahrung mit Kontrollen mit illegal beschäftigten Ausländern hatte. Dies kann deswegen gesagt werden, weil er vor de(r belangten Behörde) angab, handschriftlich zwei Eintragungen in jenem Teil des Personenblattes gemacht zu

haben, die der beschäftigten Person vorbehalten sind. Unsicherheit ließ er auch bei Antworten, wie 'Möglich ist alles' erkennen, wobei diese Antwort darauf gemünzt war, dass W im Personenblatt von K das Wort 'Honorar' und die Eintragung '(B GmbH)' gemacht haben könnte, wobei die Handschrift von K auf dieser Urkunde und den von ihm ausgestellten Rechnungen ein klares Bild ergibt und der diesbezüglichen Aussage des Zeugen J nicht zu folgen ist. Die für den Sachverhalt wesentlichen Feststellungen stützen sich in erster Linie auf die Angaben des Vorarbeiters S am 08.10.2008 anlässlich der Kontrolle, die, wie erwähnt, handschriftlich festgehalten und dem Zeugen bei seiner Vernehmung vorgelesen wurden. Er machte davon nur insofern geringe Abstriche, als er sich nicht mehr erinnern zu können glaubte, ob (der Beschwerdeführer) selbst auf der Baustelle anwesend gewesen sei und dass die Aussage 'Die beiden Polen müssen genauso in dieser Zeit arbeiten, dies wird von mir überprüft' so nicht stimme. Es konnte auf Grund seiner Aussage aber festgestellt werden, dass K von 02.10.2008 an täglich ungefähr zur gleichen Zeit wie die Arbeiter der E GmbH auf der Baustelle als Spachtler tätig war, S dessen Namen bis dahin nicht gekannt hatte, ihre Anwesenheit überprüfte, K auch bei anderen Arbeiten mithalf und dass auch von der E GmbH immer jemand spachtelte. Ebenso konnte auf Grund seiner Aussage festgestellt werden, dass er den polnischen Arbeitern die Bereiche angesagt und H dies dann aufgenommen hat. Auf der Aussage des S beruht auch die Feststellung, dass sowohl (der Beschwerdeführer) als auch H selbst auf der Baustelle waren, obwohl beide dies in ihren Aussagen vor de(r belangten Behörde) verneint hatten. Die (belangte Behörde) folgt der Aussage des Zeugen S deswegen, weil er diese Angabe bereits am 08.10.2008 gemacht hat und die Aussage schriftlich dokumentiert wurde. Die Beistellung des Spachtelmaterials durch die T GmbH beruht auf der Aussage des T.

Ausführlich wurde auch K schon anlässlich der Kontrolle befragt und hat außerdem ein sogenanntes Personenblatt ausgefüllt. Auch er wurde vo(n der belangten Behörde) in Anwesenheit einer Polnisch-Dolmetscherin als Zeuge vernommen. Seine Angaben im Personenblatt widersprechen sich bezüglich des Lohnes, weil ein Mal von einem Stundenlohn von EUR 12,00, ein anderes Mal von einem Honorar für drei Tage von EUR 500,00 die Rede ist, und sind auch bezüglich der täglichen Arbeitszeit, wo die Angabe 30 Stunden lautet, nicht wörtlich zu verstehen. Wenn im Personenblatt die Arbeitgeberfirma mit B GmbH und der Chef mit B angegeben wurden und K dies bei seiner Befragung am 08.10.2008 bestätigte, vollzog er vor de(r belangten Behörde) diesbezüglich eine Kehrtwende.

Er behauptete nämlich, dass er von seinem Kollegen W die falsche Visitenkarte mit dem Namen B bzw. B GmbH gekommen habe und es in Wirklichkeit T gewesen sei, mit dem er den Lohn ausgemacht habe. So sagte er vor de(r belangten Behörde) aus (Seite 4 der Verhandlungsschrift vom 21.01.2010): 'Am Nachmittag des 08.10.2008 ist T persönlich auf die Baustelle gekommen und hat mir seine Visitenkarte mit dem Namen T gegeben, dann wurde ein neuer Vertrag gemacht. W hat mir die falsche Visitenkarte gegeben. Gefragt, ob, nachdem von einem neuen Vertrag die Rede war, vorher schon ein anderer Vertrag errichtet wurde: Für eine andere Baustelle. Mit T

gab es nur einen Vertrag ... Zu Seite 3, erster Absatz gebe ich

an, dass der Name B ein falscher Name ist, in Wirklichkeit heißt er T ...' Auf Seite 5 der erwähnten Niederschrift heißt es 'Während der vorhergehende Absatz diktiert wurde, wirft der Zeuge, der ein wenig Deutsch versteht, ein, dass er von T keine Visitenkarte bekommen habe'.

Dies steht auch in Zusammenhang mit der Klärung der Frage, ob K von der B GmbH als Subauftragnehmerin der T GmbH beschäftigt wurde oder als 'Selbstständiger' einen Subwerkvertrag mit der T GmbH geschlossen hat. Dazu liegen folgende Beweisergebnisse bzw. Urkunden vor: Auf Seite 2 der Strafanzeige des Finanzamtes heißt es unter anderem: 'K ist im Besitz eines Gewerbescheines für Spachtelarbeiten. Ebenfalls liegt ein Werkvertrag zw. der T GmbH und K vor. K gab im Personenblatt an, selbstständig als Verspachtler tätig zu sein. Gleichzeitig gab er an, für B GmbH zu arbeiten.' Der Strafanzeige waren jedoch keine Urkunden beigegeben, die sich auf den behaupteten Werkvertrag zwischen der T GmbH und K bezogen hätten und bei der Befragung am 08.10.2008 wurde dieser Punkt auch nicht näher hinterfragt, weil K bei dieser Befragung behauptete, dass sein Auftraggeber B GmbH aus W sei und dies sein Kollege W genau wisse. Momentan habe er noch keinen schriftlichen Auftrag, er werde ihn aber sicher bekommen, vielleicht noch am selben Abend. Im Laufe des Verfahrens vor de(r belangten Behörde) tauchten sukzessive mehrere Urkunden auf, die eine unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen der T GmbH und K belegen sollen, nämlich: Bei der Verhandlung am 29.10.2009 der Nachunternehmervertrag Beilage ./2, datiert mit 12.09.2008, vorgelegt von T, mit dem Gegenstand 'Verspachtelungsarbeiten laut Leistungsverzeichnis', wobei ein Leistungsverzeichnis nicht vorgelegt wurde; die Rechnung Nr. 06/2008 vom 13.10.2008 der Firma K für das Lieferdatum LW 41 an den Empfänger T GmbH betreffend Bauvorhaben P in N über den Pauschalbetrag von EUR 500,00, sowie die vom Vertreter des Finanzamtes bei der Verhandlung am 21.01.2010 vorgelegten Nachunternehmerverträge Beilagen ./7 und ./8, jeweils vom 12.09.2008 betreffend das Bauvorhaben B& P in N mit dem Gegenstand 'Verspachtelungsarbeiten laut Leistungsverzeichnis', wobei bei einer der beiden Urkunden eine weitere Spezifizierung fehlt (Beilage ./7) und bei Beilage ./8 eine Position 1 mit ca. 840 m² Verspachteln bereits montierter Gipskartonplatten per m² EUR 1,40 angeführt ist. Aus diesen Urkunden und den dazu gemachten Aussagen des K lässt sich kein solches Bild gewinnen, dass darüber Feststellungen getroffen werden könnten. So ist insbesondere nicht erklärlich, warum der Nachunternehmervertrag zwischen K und der T GmbH bereits am 12.09.2008 geschlossen worden sein soll, noch bevor die T GmbH überhaupt einen Auftrag von der E GmbH erhalten hatte, aber insbesondere weil K ja am 08.10.2008 gegenüber den Kontrollbeamten angeben

hatte, noch nichts Schriftliches zu haben und gegenüber der B GmbH im Wort zu sein. Weder das Personenblatt noch die Niederschrift vom 08.10.2008 mit K enthält einen Hinweis auf eine direkte Vertragsbeziehung zur T GmbH, wohl aber hat K anlässlich der Kontrolle die Bestätigung des magistratischen Bezirksamtes für den 2. Bezirk vom 04.09.2008 vorgelegt, mit der die Sitzverlegung seines Gewerbes an die Adresse Wien 2, ..., bestätigt wurde. Daraus ergibt sich insgesamt der Eindruck, dass das Vertragsverhältnis zwischen der T GmbH und K erst nachträglich inszeniert wurde.

Dem Zeugen W wurde vor de(r) belangten Behörde ebenfalls seine Aussage am 08.10.2008 vorgehalten, wobei er die Angaben grundsätzlich bestätigte und lediglich hinsichtlich des Namens B Einschränkungen machte. Seine Aussage bekräftigt die Feststellungen zum Tatzeitbeginn, zu den täglichen Arbeitszeiten von 07.00 bis 17.00 Uhr bei einstündiger Mittagspause, den Umstand, dass nur die E GmbH, K und W tätig waren, dass der Vorarbeiter der E GmbH ihnen gesagt hat, was sie zu tun hatten, dass sie daneben auch andere Arbeiten als Spachteln gemacht haben und dass der Vorarbeiter der E GmbH die Arbeit kontrollierte.

Es konnten daher keine Feststellungen dahin getroffen werden, ob K von der T GmbH (als Überlasserin) unmittelbar beschäftigt und bezahlt wurde oder ob die B GmbH dazwischen geschaltet war. Deren handelsrechtlicher Geschäftsführer B konnte nicht als Zeuge geladen werden, weil keine Adresse bekannt war."

Nach Zitierung der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen setzte die belangte Behörde fort:

"Für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Weg im Sinn des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, ist unter Bedachtnahme auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale nach § 4 Abs 2 AÜG notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für einen Werkvertrag sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinn nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (VwGH 20.3.2002, 2000/09/0142). Zumindest ein für Arbeitskräfteüberlassung sprechendes Kriterium muss zur Gänze zweifelsfrei erfüllt sein (22.6.2006, 2002/09/0163). Dass das Werk schon im Vertrag eindeutig abgrenzbar sein muss und nicht erst an Ort und Stelle festgelegt werden darf, hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 16.09.2009, Zl. 2009/02/0150 (gemeint wohl: 2009/09/0150), ausgesprochen und im Erkenntnis Zl. 2007/09/0345 vom 09.11.2009 bekräftigt. Einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden, können kein selbstständiges Werk darstellen (10.3.1999, 98/09/0029).

Was die Umschreibung des Werkes im Auftragsschreiben vom 25.09.2008 betrifft, ist es nur insoweit spezifiziert, als der Auftragnehmer Verspachtelungsarbeiten betreffend ungefähr 600 m² Gipskartonflächen und 120 lfm Kantenschutz bei einem bestimmten Bauvorhaben durchzuführen hatte. Dass dies keine genaue Umschreibung eines Werkes ist, ergibt sich schon daraus, dass - wie Feststellungen zeigen - neben der T GmbH auch die E GmbH mit eigenen Arbeitern auf dieser Baustelle Verspachtelungsarbeiten durchgeführt hat, sodass eine klare Trennung nicht gegeben war. Zudem hat der Subunternehmer erst durch den Vorarbeiter auf der Baustelle erfahren, wann er wo welche Spachtelarbeiten durchzuführen hatte.

Dazu kommt, dass beide genannten Firmen dieselbe Art von Tätigkeiten, nämlich Verspachtelungen, vornahmen, sodass kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk vereinbart wurde. § 4 Abs 2 Z 1 AÜG spricht somit für Arbeitskräfteüberlassung. Der weitere wesentliche Punkt betrifft die organisatorische Eingliederung bzw. Dienst- und Fachaufsicht. Diesbezüglich hatte der Vorarbeiter S auf der Baustelle sowohl hinsichtlich der Arbeitnehmer der E GmbH als auch hinsichtlich des polnischen Staatsangehörigen K die oberste Anordnungsgewalt, wobei er auch darauf zu achten hatte, dass Arbeiter anwesend waren und die Arbeiten ordnungsgemäß ausgeführt wurden.

S hat die Arbeiten des Subunternehmers T GmbH laufend geprüft, sodass schon auf Grund der Ausführung derselben Arbeiten, wenn auch an verschiedenen Teilen der Baustelle, der Einhaltung der ungefähr gleichen Arbeitszeit und der einheitlichen Kontrollen der Arbeiten durch den Vorarbeiter sich das Bild ergibt, dass hier eine einheitliche Arbeitspartie tätig war, wobei eine Identifizierung der vom Subunternehmer hergestellten Flächen durch den Vorarbeiter für Verrechnungszwecke möglich war. Da die Materialbeistellung ohnedies kein unterscheidungskräftiges Kriterium ist, bei Spachtelarbeiten das Werkzeug untergeordnete Bedeutung hat und nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bei einer Gesamtbetrachtung der Kriterien Arbeitskräfteüberlassung schon dann anzunehmen ist, wenn eines der vier Kriterien eindeutig dafür spricht und dies betreffend die Z 1 und 3 eindeutig der Fall ist, kann darauf verzichtet werden, das Thema 'Haftung des Werkunternehmers' näher zu beleuchten (siehe z.B. VwGH 02.10.2003, 2003/09/0126). Eine Selbstständigkeit des K kann allein auf Grund seiner Gewerbeberechtigung in keiner Weise angenommen werden, da jeder Hinweis auf eine selbstständige unternehmerische Tätigkeit fehlt.

Der Berufungsfall ist daher so zu beurteilen, dass der von der E GmbH beauftragte Subunternehmer T GmbH als Überlasser den polnischen Staatsangehörigen K auf der Baustelle in N zum Einsatz brachte und die E GmbH auf Grund der zu § 4 Abs 2 AÜG angestellten Überlegungen als Beschäftiger des polnischen Staatsangehörigen als überlassener Arbeitskraft im Sinn des § 2 Abs 2 lti e anzusehen ist bzw. im Sinn des § 2 Abs 3 lit c AuslBG einem Arbeitgeber gleichzuhalten ist."

Zur Haftung des Beschwerdeführers führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass es diesem nicht gelungen sei, das Fehlen seines Verschuldens im Sinne von § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft zu machen, wobei er darzulegen gehabt hätte, die Vermeidung von Verwaltungsübertretungen durch die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems sichergestellt zu haben. Die vertragliche Anordnung, wonach die Weitergabe an Dritte nur mit schriftlicher Zustimmung gestattet sei, könne ihn nicht entlasten. Er habe im Weg seines Vorarbeiters die Möglichkeit gehabt, die Identität des K auf der Baustelle zu klären.

Im Weiteren legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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 Beschäftigte der überlassenen Arbeitskräfte, das ist nach § 3 Abs. 3 AÜG derjenige, der Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebs-eigene 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 Werkbesteller 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."

Im vorliegenden Fall wurde der Pole auf einer Baustelle der E GmbH, somit in deren Betrieb, arbeitend angetroffen.

Der Beschwerdeführer wendet auch in der Beschwerde zusammengefasst ein, dass K auf Grund eines von der T GmbH geschlossenen "Subunternehmervertrages" tätig gewesen sei, von dem der Beschwerdeführer nichts gewusst habe.

Als (der Bewilligungspflicht unterworfenen) Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG gilt unter anderem auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte. Das Tatbestandsmerkmal der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen (vgl. § 4 Abs. 1 AÜG). Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zu Stande kam, ob diesem (etwa im Hinblick auf § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder welche vertragliche Bezeichnung die Vertragsparteien der Tätigkeit gegeben haben, kommt es hingegen nicht an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. November 2008, Zl. 2008/09/0174).

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 welchen die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes 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, Zl. 2005/08/0003, mwN).

Außerdem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen ausgesprochen, dass derartige einfache Hilfsarbeiten wie die hier vorliegenden Verspachtelungsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0183, mwN).

Die belangte Behörde hat sich in ihrer Beweiswürdigung nach ausführlicher Auseinandersetzung mit den aufgenommenen Beweisen hinsichtlich der für den Sachverhalt relevanten Feststellungen insbesondere auf die Angaben des Vorarbeiters S anlässlich der Kontrolle am 8. Oktober 2008 gestützt. Dem hält der

Beschwerdeführer entgegen, dass die Feststellung im angefochtenen Bescheid, wonach er mit dem Zeugen H persönlich auf der Baustelle gewesen sei, unrichtig sei. Dazu bringt er vor, dass sich die zur Begründung dieser Feststellung von der belangten Behörde herangezogene Aussage des Vorarbeiters S am Kontrolltag, wobei dieser neben H auch von einem "zweiten Firmenchef" gesprochen habe, dahingehend zu verstehen gewesen sei, dass damit nicht der Beschwerdeführer, dessen Namen er gekannt habe, sondern der Firmenchef der im Subweg beauftragten T GmbH gemeint gewesen wäre. Allein mit dieser Behauptung, die schon im Widerspruch zu der weiteren - unbekämpft gebliebenen - Feststellung steht, dass bis zum Kontrolltag kein Mitarbeiter einer anderen Firma auf die Baustelle gekommen sei, um sich über Baufortschritt und Qualität der Arbeiten zu erkundigen oder Kontrollen durchzuführen, kann er jedoch die nachvollziehbare Argumentation der belangten Behörde nicht erschüttern. Auch mit der bloßen Wiederholung seines Standpunktes und der Behauptung, dass die Firma T GmbH im Rahmen der jahrelangen Geschäftsbeziehung mit dem vom Beschwerdeführer geleiteten Unternehmen noch nie Verstöße gegen vertragliche Vereinbarungen gesetzt habe, kann der Beschwerdeführer keine Bedenken an der von der belangten Behörde vorgenommenen Würdigung der vorgelegten "Verträge" sowie den aus den übrigen Beweisen abgeleiteten Ergebnissen und Feststellungen erzeugen. Insgesamt vermag er somit keine konkreten Anhaltspunkte aufzuzeigen, die geeignet wären, Zweifel an der Schlüssigkeit der Überlegungen der belangten Behörde aufkommen zu lassen (vgl. zum diesbezüglichen Umfang der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 3. Oktober 1985, Zl. 85/02/0053). Auch ist der Verwaltungsgerichtshof nicht berechtigt, eine Beweiswürdigung der belangten Behörde, die einer Überprüfung unter den genannten Gesichtspunkten standhält, auf ihre Richtigkeit hin zu beurteilen, d.h. sie mit der Begründung zu verwerfen, dass auch ein anderer Ablauf der Ereignisse bzw. ein anderer Sachverhalt schlüssig begründbar wäre (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 25. Mai 2005, Zl. 2003/08/0233, mwN).

Ausgehend von den auf Grundlage einer mängelfreien Beweiswürdigung getroffenen und für eine abschließende rechtliche Beurteilung ausreichenden Feststellungen erweist sich auch die rechtliche Beurteilung im angefochtenen Bescheid als zutreffend:

Die belangte Behörde hat als Ergebnis ihrer Gesamtbetrachtung, insbesondere angesichts der ungenauen Angaben im Auftragsschreiben vom 25. September 2008 sowie des Umstandes, dass keine klare Trennung zwischen den (nach Einteilung durch den Vorarbeiter S vor Ort) von eigenen Arbeitern der E GmbH und K vorgenommenenerspachtelungsarbeiten gegeben und K (wie auch die anderen Arbeiter) der Anordnungsgewalt des Vorarbeiters S unterstellt war, zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen von § 4 Abs. 2 Z. 1 und 3 AÜG und einer Beschäftigung von K durch die E GmbH gemäß § 2 Abs. 2 lit. e iVm Abs. 3 lit. c AuslBG bejaht, wofür der Beschwerdeführer mangels Darlegung eines wirksamen Kontrollsystems die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung gemäß § 9 Abs. 1 VStG trägt.

Gegen die Strafbemessung wird in der Beschwerde nichts vorgebracht; auch beim Verwaltungsgerichtshof sind keine Bedenken bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit entstanden.

Da der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 18. Mai 2010