

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

01.07.2010

Geschäftszahl

2010/09/0072

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des A W in W, vertreten durch Dr. Michael Böhme, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Falkestraße 1, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 21. August 2009, Zl. Senat-MD-08-1092, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufung gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft M vom 11. Februar 2008 schuldig erkannt, er sei als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B&W GesmbH, welche unbeschränkt haftende Gesellschafterin der

A. KG, jeweils mit Sitz in W, sei, dafür verantwortlich, dass insbesondere am 28. Februar 2007 auf einer Baustelle in S fünf polnische Staatsangehörige jeweils mit Verspachtelungsarbeiten, Montieren von abgehängten Wänden, Verkleiden von Rohren und Wänden, Anschrauben von Deckenelementen und Montage von Gipskartonplatten beschäftigt worden seien, obwohl für diese keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung ausgestellt gewesen sei, und zwar

1. P M B vom 15. Jänner bis zum 28. Februar 2007
2. C J vom September 2005 bis 28. Februar 2007
3. M J vom November 2005 bis 28. Februar 2007,
4. S S vom Jänner 2006 bis 28. Februar 2007 und
5. D S vom September 2005 bis 28. Februar 2007.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über ihn betreffend die Beschäftigung zu 1. eine Geldstrafe von EUR 3.000,--

(Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen) und betreffend die Beschäftigungen zu 2. bis 5. Geldstrafen von je EUR 14.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafen von je 8 Tagen) verhängt und ihm die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (EUR 5.900,--) sowie die Kosten des Berufungsverfahrens (EUR 11.800,--) auferlegt.

Die belangte Behörde ging in tatsächlicher Hinsicht von folgendem Sachverhalt aus:

Der Beschwerdeführer war in den Tatzeiträumen handelsrechtlicher Geschäftsführer der B&W GesmbH, die unbeschränkt haftende Gesellschafterin der A. KG. ist. Die A. KG wurde im Jahr 2006 von der NÖ Versicherung beauftragt, in St. Pölten in allen sechs Stockwerken eines neu errichteten Bürogebäudes den gesamten Trockenausbau (Errichtung von Ständerwänden, Leichtbauwänden, abgehängten Decken aller Art sowie Brandschutzisolierungen) vorzunehmen. Das Bauvorhaben erstreckte sich von Beginn bis zur Fertigstellung über ca. ein- bis eineinhalb Jahre. Die A. KG versuchte, bei allen Baustellen möglichst mit den eigenen Mitarbeitern auszukommen. Nur "Spitzen" sollten mit Hilfe von Subunternehmern bewältigt werden. Zum Kontrollzeitpunkt waren bei der A KG ca. 50 bis 55 Monteure beschäftigt. Bei derartigen Bauvorhaben

werden zu Beginn weniger Arbeitskräfte, in der Mitte der Arbeitsphase sehr viele und zum Schluss wieder weniger benötigt. Am 28. Februar 2007 hat auf der Baustelle der A. KG in S eine Kontrolle durch Beamte des Finanzamtes L stattgefunden. Die genannten polnischen Staatsangehörigen wurden bei Arbeiten im Erdgeschoss des Gebäudes ohne arbeitsmarktbefehlliche Bewilligung angetroffen. Sie legten ein Dokument mit folgendem Inhalt vor:

"Werkvertrag

Wir beauftragen Sie gemäß beiliegendem Leistungsverzeichnis bzw. nachstehend angeführten Punkten mit der Herstellung von

Trockenbauarbeiten

für das Bauvorhaben Verwaltungsgebäude S, Ngasse Verrechnung zu den EH Preisen des beiliegenden Kurz-Leistungsverzeichnisses samt Lang-LV.

Ausführungsfrist: Mai 2006 - März 2007 (entsprechend übergebenem Bauzeitplan vom 29.03.2006)

Grundlage dieses Auftrages sind die beigefügten allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers (v. Pkt. 1 - 30) zur Vergabe von Werkleistung. Der Auftragnehmer erklärt mit seiner Unterschrift, dass er mit diesen Bedingungen zur Gänze einverstanden ist. Ergänzung und Abänderungen dieses Auftragschreibens bedürfen für ihre Rechtswirksamkeit der Schriftform.

Sie werden ersucht, beiliegende Kopie auf jeder Seite paraphiert, sowie auf dieser Seite firmenmäßig gefertigt zurückzusenden. Sollte die Rücksendung nicht innerhalb von 7 Tagen erfolgen, gilt das Auftragschreiben als vollinhaltlich angenommen."

Obwohl die Verträge erst am 6. September 2006 bzw. 15. Jänner 2007 unterfertigt worden sind, sollte die Ausführung schon im Mai 2006 beginnen. Eine nähere Umschreibung des zu erbringenden Werkes durch den Auftraggeber ist nicht erfolgt. Den polnischen Staatsangehörigen ist kein Bauzeitplan zur Verfügung gestellt worden. Die zu 1. bis 4. genannten polnischen Staatsangehörigen haben über eine aufrechte Gewerbeberechtigung mit folgendem Wortlaut verfügt:

"Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen."

P M B. hat außerdem noch über folgende Gewerbeberechtigung verfügt:

"Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit."

D S. besaß keine Gewerbeberechtigung. Während P M B. sich alleine bei der A. KG beworben hat, gaben die anderen vier polnischen Staatsangehörigen ihre Bewerbung gemeinsam ab, wobei sie vom Zeugen Ing. G. als geeignet ausgewählt worden sind. Mit diesem haben diese polnischen Staatsangehörigen die Preisverhandlungen geführt. Die Quadratmeterpreise sind von der A. KG vorgegeben worden. Bevor die polnischen Staatsangehörigen mit der Arbeit begonnen haben, sind sie gemeinsam mit dem Zeugen M. auf der Baustelle gewesen. Dieser war als selbständiger Polier und als Abrechnungstechniker für die A. KG tätig und für die Einhaltung des Terminplanes betreffend die einzelnen Geschosse bzw. Bauabschnitte verantwortlich. Er kontrollierte, ob die Arbeiten entsprechend voranschreiten und war auch für die Bereitstellung des Baumaterials zuständig. Er besprach mit den polnischen Staatsangehörigen nichts Konkretes, sondern besichtigte mit ihnen lediglich die verschiedenen Stockwerke. Den polnischen Staatsangehörigen wurde zu Arbeitsbeginn nicht mitgeteilt, wann die Arbeiten fertig gestellt sein müssten. Es gab keine Terminvorgabe. Sie arbeiteten an den Decken, mussten die Gipskartonplatten in eine vorgefertigte Konstruktion einhängen und sodann die Decke verspachteln. Dazu war die Zusammenarbeit mehrerer Leute notwendig, weil etliche Tätigkeiten nicht allein durchgeführt werden können. Die Konstruktion selbst ist nicht von ihnen, (sondern von anderen Arbeitnehmern der A. KG) hergestellt worden. Sie waren auch nicht für die Brandschutzisolierung zuständig. Auch wenn ihre Arbeitszeiten nicht fix vorgegeben waren, so haben sie sich doch den Arbeitszeiten der Monteure der

A. KG angepasst (von 07.00 bis 17.00 Uhr). Definitiv wurde keine Arbeitszeit vorgeschrieben. Das Baumaterial ist den polnischen Staatsangehörigen vom Zeugen M. zur Verfügung gestellt worden. Lediglich das von ihnen verwendete Werkzeug (Bohrmaschine, Schraubendreher, Winkel, Wasserwaage, Leiter und Kabel) ist in ihrem Eigentum gestanden. Die Arbeitsanweisungen erhielten sie vom Zeugen M. Sie waren nicht berechtigt, ohne weiteres andere Personen als Vertreter zu schicken. Nur Personen, die die gleichen Voraussetzungen erfüllt hätten, wären berechtigt gewesen, stellvertretend zu arbeiten. Tatsächlich kam es nie zu einer solchen Vertretung. Stanislaw S. hat von der A. KG für das Ausstellen der Rechnungen ein Muster erhalten. Die von M J. ausgestellte Schlussrechnung vom 18. Juni 2007 bezog sich auf einen Zeitraum vom 2. September 2006 bis zum 12. Mai 2007 und beinhaltete die Montage einer Gipskartondecke, die nach Quadratmetern verrechnet wurde, sowie Verspachtelungsarbeiten, die teilweise einen höheren Arbeitsaufwand erforderten. Die ausgewiesene Gesamtsumme hat sich auf die Tätigkeit von insgesamt vier polnischen Staatsangehörigen bezogen, wobei jeder einen Anteil in Höhe von 25 % beanspruchte. In der Rechnung waren auch ein 10 %iger Abzug als Deckungsrücklass und 401 Regiestunden ausgewiesen, wobei pro Stunde EUR 24,-- in Rechnung gestellt wurden. Ein Regress bei den polnischen Staatsangehörigen erfolgte nur insoweit, als der Deckungsrücklass ausgereicht habe. Eine "Versicherung" wurde von ihnen nicht verlangt. Wenn die A. KG

Preisänderungen vornahm, waren diese für alle vier polnischen Staatsangehörigen bindend und nicht nur für denjenigen, der die Verhandlungen führte. Es kam auch vor, dass einer der vier polnischen Staatsangehörigen einen geringeren Prozentsatz der gelegten Rechnung beanspruchte, wenn er weniger Stunden mit den Arbeiten verbrachte als die anderen. Die verlegten Deckenelemente wurden nach Quadratmetern abgerechnet. Die von den polnischen Staatsangehörigen ermittelte Fläche wurde vom Zeugen M. mittels eines Lasermessgerätes an Ort und Stelle auf ihre Richtigkeit überprüft.

S S. arbeitete auf der Baustelle in S gemeinsam mit M J.. Er wusste nicht vom ersten Tag an, wie viel und wo er arbeiten muss, zumal er vor dem ersten Arbeitstag auf der Baustelle keinen Plan darüber erhielt, was und wie viel zu erledigen sei. Zu Beginn der Arbeiten wurde nicht festgelegt, wie viele Quadratmeter in welchem Stockwerk des Gebäudes zu verlegen sind. Die polnischen Staatsangehörigen haben laufend "nach den Installateuren" gearbeitet. C J, M J, S S und D S hatten während der Zeit ihrer Arbeit für die A. KG keine anderen Auftraggeber. Dies wäre auch nicht möglich gewesen, weil sie mit den Arbeiten für die A. KG ausgelastet waren. C J und D S verrichteten die gleichen Arbeiten wie M J und S S. Untereinander wurde vereinbart, wer welche Arbeiten macht, damit nicht der eine nur die besseren und der andere nur die schlechteren erhält. Im Wesentlichen handelte es sich um dieselben Tätigkeiten, wie sie auch von den anderen Arbeitern der A. KG vorgenommen worden seien.

Die vier polnischen Staatsangehörigen legten die Aufzeichnungen über die von ihnen geleisteten Arbeiten als Team vor. Dem Zeugen M. war gleichgültig, wer von ihnen welche Leistungen erbracht hatte.

P M B. arbeitete alleine, jedoch im Wesentlichen auf derselben Grundlage wie die vier anderen genannten polnischen Staatsangehörigen. Ihm wurden Arbeiten zugewiesen, die er allein bewältigen konnte. Er rechnete nur für sich ab. Der Zeuge M. erhielt vom Zeugen G. entsprechende Pläne mit Terminvorgaben, damit er weiß, wann die polnischen Staatsangehörigen wo tätig seien. Wenn Arbeiten mangels entsprechenden Baufortschritts nicht durchgeführt werden konnten, dann haben sich die polnischen Staatsangehörigen an den Zeugen M. gewandt. Dieser erkundigte sich bei der örtlichen Bauleitung, wo weitergearbeitet werden kann. Nach Absprache mit dieser wurde der zuvor festgelegte Arbeitsbereich vom Zeugen M. umdisponiert. Wenn dieser Zeuge Mängel feststellte, so setzte er den polnischen Staatsangehörigen eine kurze Frist, innerhalb der die Mängel zu beheben waren. Bei der Baustellenaufsicht hat der Zeuge M. zwischen Arbeitnehmern der

A. KG, den österreichischen Subfirmen und den polnischen Staatsangehörigen keinen Unterschied gemacht. Die Arbeiten, die von den vier polnischen Staatsangehörigen in der Ngasse durchzuführen waren, waren mit denen vergleichbar, die sie für die

A. KG bei einer vorangegangenen Baustelle in Wien erledigt hatten. Der Zeuge M. hat die polnischen Staatsangehörigen - mit Ausnahme von P M B - bereits von dieser Wiener Baustelle gekannt. Er hat diese darauf hingewiesen, dass sie auf der Baustelle in S gebraucht würden und sich diesbezüglich an die A. KG wenden sollten. Auch nach der Beendigung der Arbeiten an der Baustelle in

S arbeiteten die polnischen Staatsangehörigen weiter für die A. KG.

Alle fünf polnischen Staatsangehörigen verfügten im Tatzeitraum nicht über arbeitsmarktbehördliche Papiere. Der Beschwerdeführer vermochte nicht anzugeben, ob er sich im Hinblick auf die Beschäftigung der Genannten zuvor beim Arbeitsmarktservice (AMS) erkundigt hatte. Die Dienstnehmer der A. KG waren genauso wie die polnischen Staatsangehörigen damit beschäftigt, Rigipsplatten zu montieren und zu verspachteln. Für den Zeugen G. hat es sich so dargestellt, dass die vier polnischen Staatsangehörigen "wie eine ARGE" zusammengearbeitet haben. Im Nachhinein ist nicht feststellbar, welcher polnische Staatsangehörige welchen Bauabschnitt konkret bearbeitet hat. Es ist nie vorgekommen, dass ein polnischer Staatsangehöriger durch eine andere Person vertreten wurde. Wäre dem Zeugen M. jemand als Vertreter geschickt worden, dann hätte er von diesem jedenfalls eine Arbeitserlaubnis verlangt. Rechnungen sind von einem polnischen Staatsangehörigen geschrieben und für die anderen kopiert worden oder es wurde jeweils nur der Briefkopf ausgewechselt. Vor Arbeitsbeginn hat es keinen Plan gegeben, aus dem das gesamte Ausmaß der zu verrichtenden Arbeiten hervorgegangen wäre. Im Lauf der Zeit ist immer etwas an neuer Arbeit dazugekommen.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, es sei dem Beschwerdeführer nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass keine unberechtigte Beschäftigung vorliege. Dieser sei für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen verantwortlich gewesen. Eine rechtswirksame Bestellung eines verantwortlich Beauftragten iSd § 28a Abs. 3 AuslBG habe nicht vorgelegen. Die fünf polnischen Staatsangehörigen seien zumindest in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt worden, zumal sie, wie die anderen Arbeitnehmer der A. KG, in den gesamten Arbeitsablauf integriert gewesen seien. Die schriftlichen Werkverträge seien nicht geeignet, eine selbständige Tätigkeit nachzuweisen. Die fünf polnischen Staatsangehörigen hätten in den ihnen angelasteten Tatzeiträumen ausschließlich für die A. KG gearbeitet. Sie hätten das ihnen zur Verfügung gestellte Arbeitsmaterial verwendet und lediglich ihr eigenes Werkzeug benützt. Die Arbeitsleistung sei ausschließlich der A. KG zugute gekommen. Die polnischen Staatsangehörigen seien großteils nach Stunden entlohnt worden. Im Werkvertrag sei die zu erbringende Leistung ausschließlich mit dem Wort "Trockenbauarbeiten" umschrieben worden. Mit dieser Umschreibung könne kein Werk im Sinn eines Werkvertrages bezeichnet werden, weil dies zu ungenau sei. Einem Werkvertrag sei ein gewährleistungstauglicher Erfolg essenziell. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung - wie im gegenständlichen Fall - spreche jedenfalls gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Der

Beschwerdeführer sei als unbeschränkt haftender Gesellschafter der A. KG dafür verantwortlich, dass die fünf polnischen Staatsangehörigen auf der Baustelle in St. Pölten in den ihnen angelasteten Tatzeiträumen beschäftigt worden seien, sodass mangels arbeitsmarktbekundlicher Bewilligungen der Tatbestand des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 AuslBG in allen fünf Spruchpunkten in objektiver Hinsicht erfüllt sei.

Der Beschwerdeführer habe zumindest fahrlässig gehandelt, weil er sich nicht beim AMS erkundigt habe, inwieweit polnische Staatsangehörige berechtigt seien, mit den vorgelegten Gewerbeberechtigungen die gegenständlichen Tätigkeiten zu erledigen. Die Gewerbeberechtigungen würden sich nicht mit den von den polnischen Staatsangehörigen durchgeführten Arbeiten decken, zumal nur P M B über eine Gewerbeberechtigung verfügt habe, Gipskartonplatten zu verspachteln. Die anderen hätten lediglich über eine Gewerbeberechtigung "Montage von mobilen Trennwänden" verfügt. Es seien nur Deckenelemente in eine vorgefertigte Konstruktion eingehängt und anschließend verspachtelt worden. Unabhängig davon sei kein selbstständiges Werk vorgelegen. Das hätte der Beschwerdeführer erkennen können. Er habe auch die subjektive Tatseite verwirklicht.

Gegen den Beschwerdeführer lägen keine rechtskräftigen Verwaltungsstrafen vor. Es sei daher als mildernd anzusehen, dass er zum Tatzeitpunkt unbescholten gewesen sei. Als erschwerend sei der lange Beschäftigungszeitraum zu den Dienstnehmern C J, M J, S S und D S berücksichtigt worden. Beschäftigungszeiträume von mehr als einem Jahr seien als Erschwerungsgrund anzusehen. Da im Hinblick auf den Beschäftigten P M B. ein kürzerer Zeitraum angelastet worden sei, habe die erstinstanzliche Behörde auch eine deutlich geringere Verwaltungsstrafe verhängt. Eine Herabsetzung auf die Mindeststrafe sei nicht in Betracht gekommen, zumal die Beschäftigung immerhin eineinhalb Monate gedauert habe und sowohl spezial- als auch generalpräventive Gründe dagegen sprächen.

Die erstinstanzliche Behörde sei infolge einer Schätzung von einem monatlichen Nettoeinkommen von EUR 4.000,--, einem Vermögen von einem Haus mit Grundbesitz (Wert: EUR 370.000,--) und dem Fehlen von Sorgepflichten ausgegangen. Der Beschwerdeführer habe in der öffentlichen mündlichen Verhandlung angegeben, ein Einkommen von monatlich netto EUR 3.500,-- zu erzielen und ein kleines Einfamilienhaus zu besitzen. Als weiteres Vermögen seien die Gesellschaftsanteile an der B&W GesmbH genannt worden. Für seine frühere Ehefrau sei er sorgepflichtig. In Anbetracht der erwiesenen Tatzeiträume und der Einkommens-, Familien- und Vermögensverhältnisse seien die verhängten Geldstrafen bzw. Ersatzfreiheitsstrafen angemessen.

Gegen diesen Bescheid hat der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben.

Dieser hat mit Beschluss vom 23. Februar 2010, B 1248/09-7, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und diese dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten.

In der auftragsgemäß ergänzten Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften des angefochtenen Bescheides geltend gemacht.

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 a) in einem Arbeitsverhältnis, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlic der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5, d) nach den Bestimmungen des § 18 oder e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Nach Abs. 3 dieser Bestimmung sind den Arbeitgebern gleichzuhalten a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist, b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter, c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftigte im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 bis 16 auszustellen ist.

Gemäß 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.

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 § 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.

Die Beschwerde wendet sich gegen die Auffassung der belangten Behörde, wonach die fünf polnischen Staatsangehörigen von der A. KG zumindest in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt worden seien. Es könne keine Rede davon sein, dass die genannten Personen in den Betrieb des Auftraggebers integriert gewesen seien. In den Arbeitsablauf einer Baustelle seien alle dort Tätigen integriert, auch der Bauherr selbst. Das von der Behörde herangezogene Zuordnungskriterium der Integration in einem "Arbeitsablauf" sei untauglich. Es liege ein Werkvertrag vor. Die zu erbringende Leistung sei mit dem Wort "Trockenbauarbeiten" umschrieben worden, wobei der Text auf ein beiliegendes Kurz-Leistungsverzeichnis und ein Lang-Leistungsverzeichnis verweise. Genauer könne man die Leistungen gar nicht beschreiben. Es möge für sich genommen richtig sein, dass die fünf polnischen Staatsangehörigen ausschließlich für die A. KG gearbeitet hätten. Die Ursache dafür liege aber in der Sphäre der fünf polnischen Staatsangehörigen. Der Beschwerdeführer könne auf deren Auftraggeberstruktur keinen Einfluss nehmen. Der Umstand einer Tätigkeit ausschließlich für einen Auftraggeber stünde der Qualifizierung der gegenständlichen Verträge als Werkverträge nicht entgegen. Auch folge aus dem Umstand, dass die A. KG das Arbeitsmaterial zur Verfügung gestellt habe, keineswegs, dass deshalb dienstnehmerähnliche Beschäftigungen vorliegen würden. Die fünf polnischen Staatsangehörigen seien ja nicht die Lieferanten von A. KG sondern nur dessen Werkunternehmer. Dass diese mit Ausgangsstoffen des Werkbestellers arbeiten würden, entspreche dem zivilrechtlichen Idealtyp des Werkvertrages, ansonsten würde ein Werklieferungsvertrag vorliegen. Ein solcher sei nicht erforderlich, um die Anwendbarkeit des Ausländerbeschäftigungsgesetzes auszuschließen. Es reiche ein normaler Werkvertrag. Die belangte Behörde habe nicht berücksichtigt, dass die fünf polnischen Staatsangehörigen ihr eigenes Werkzeug verwendet hätten. Es sei nach Quadratmetern abgerechnet worden. Dadurch werde das Unternehmerrisiko deutlich zum Auftragnehmer verlagert, weil es ausschließlich seine Sache sei, wie lange er für den - von der Arbeitszeit unabhängigen - Werklohn arbeiten müsse. In Anbetracht der genauen Leistungsbeschreibung habe es sich um einen gewährleistungstauglichen Erfolg gehandelt. Eine Dienstnehmerähnlichkeit mache aus einem Werkvertrag keinen Dienstvertrag. Die von einem niedergelassenen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates ausgeübte Gewerbetätigkeit im Rahmen eines Werkvertrages sei durch die Niederlassungsfreiheit vor innerstaatlichen Beschränkungen geschützt. Die polnischen Staatsangehörigen seien Dienstleistungserbringer im Sinne der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, wie die A. KG Empfänger sei. Der Inhalt dieser Richtlinie sei auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit heranzuziehen.

Es müsse nicht geprüft werden, ob die von den polnischen Staatsangehörigen ausgeübte Tätigkeit eine Dienstleistung sei. Dies habe schon die Gewerbebehörde getan, die einen Gewerbeschein ausgestellt habe. Aus dem angefochtenen Bescheid ergebe sich, dass die Gewerbebehörde bei keinem der fünf polnischen Staatsangehörigen angenommen habe, dass es sich hierbei um den Leiter eines Unternehmens mit mehreren Personen handle. Es sei der Gewerbebehörde "selbstverständlich klar" gewesen, dass die Personen jeweils alleine für sich arbeiten würden. Die Gewerbebehörde habe den polnischen Staatsangehörigen dennoch den Gewerbeschein erteilt und damit für jedermann zu erkennen gegeben, dass sie eine solche Tätigkeit als gewerblich ansehe. Der Gewerbebehörde sei als Fachbehörde auch klar gewesen, dass selbständige Trockenbauer in der Regel nicht für mehr als für einen Auftragnehmer arbeiten könnten. Der Beschwerdeführer müsse auf das Urteil der Gewerbebehörde vertrauen können. Es könne nicht sein, dass die Gewerbebehörde bei jedenfalls ausreichender Kenntnis des Sachverhaltes die geplante Tätigkeit als gewerblich einstufe und die Bezirksverwaltungsbehörde den Beschwerdeführer dafür strafe, dass er sich der Ansicht der Gewerbebehörde angeschlossen habe. Der Beschwerdeführer habe darauf vertrauen dürfen, dass er mit den polnischen Staatsangehörigen "(echte) Werkverträge abschließen" könne. Ihn treffe kein Verschulden an der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung.

Mit diesen Ausführungen zeigt die Beschwerde keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Im vorliegenden Fall blieb unbestritten, dass den Ausländern die Arbeiten vom Polier der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft erst auf der Baustelle zugewiesen wurden, dass es sich um einfache Hilfsarbeiten gehandelt hat, dass in den für die erbrachten Leistungen festgesetzten Preisen nahezu ausschließlich Lohnanteile enthalten waren und dass die Ausländer über den gesamten Zeitraum ihrer Arbeitstätigkeit mit demselben "Auftraggeber" zusammengearbeitet haben. Der Verwaltungsgerichtshof hat in

seinem Erkenntnis vom 16. September 2009, Zl. 2009/09/0150, unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass eine Leistung, die bei Vertragsabschluss nicht im Vorhinein eindeutig bestimmt ist, sondern erst nach diesem Zeitpunkt auf einer Baustelle "an Ort und Stelle festgelegt" werden soll, kein Werk darstellt und keine Grundlage einer Gewährleistung sein kann, wobei der formale Umstand, dass ein Ausländer im Besitz einer Gewerbeberechtigung ist, für die Beurteilung seiner sachverhaltsmäßig festgestellten Tätigkeit dahingehend, ob eine Beschäftigung nach dem AuslBG vorliegt oder nicht, nicht maßgeblich ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat zudem wiederholt zu vergleichbaren Sachverhalten ausgesprochen, dass einfache Hilfsarbeiten, wie das Aufstellen und Verspachteln von Zwischenwänden (Gipskartonwänden bzw. Rigipswänden) - unabhängig vom Vorhandensein gewerberechtlicher Bewilligungen und der Vorlage von schriftlichen "Werkverträgen" - in Konstellationen wie den vorliegenden kein selbständiges Werk darstellen können (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 21. Dezember 2009, Zl. 2008/09/0055, und vom 14. Jänner 2010, Zl. 2008/09/0175, mwN, auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird).

Liegt aber nach dem gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG zu berücksichtigenden wahren wirtschaftlichen Gehalt keine selbständige Tätigkeit vor, so kann auch eine Verletzung der im Art. 49 EGV garantierten Dienstleistungsfreiheit nicht vorliegen, zumal hinsichtlich der Merkmale etwa des AuslBG, des AÜG, der Gewerbeordnung 1994 und der hg. Rechtsprechung zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Recht kein Unterschied besteht, weil es allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt (vgl. mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, die hg. Erkenntnisse vom 8. August 2008, Zl. 2008/09/0163, und vom 29. Jänner 2009, Zl. 2008/09/0350).

Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer auch zutreffend die Verschuldensform der Fahrlässigkeit angelastet (§ 5 Abs. 1 VStG). Dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretungen kein Verschulden treffe, hat der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht; insbesondere hat er weder im Verwaltungsverfahren noch in der Beschwerde dargetan, dass es ihm unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, sich unter Schilderung der tatsächlichen Tätigkeitsabläufe bei der zuständigen Behörde rechtlich beraten bzw. aufklären zu lassen. Dass das Vorliegen von Gewerbebescheiden allein für die Beurteilung einer Tätigkeit als selbständige im Hinblick auf die Regelung des § 2 Abs. 4 AuslBG nicht ausreichend ist, ist ständige Judikatur und hätte dem Beschwerdeführer als Unternehmer in dieser Branche bekannt sein müssen, zumal ihn die Verpflichtung trifft, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen. Dazu genügt es auch nicht, sich in Zweifelsfällen mit der ihm genehmeren Variante zufrieden zu geben (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis Zl. 2008/09/0175).

Auch die Ausführungen der belangten Behörde zur Strafbemessung sind nicht als rechtswidrig zu erkennen. Der vom Beschwerdeführer aufgezeigte Widerspruch in den Strafzumessungsgründen liegt nicht vor. Die erstinstanzliche Behörde hat festgestellt, dass den Beschwerdeführer keine Sorgepflichten treffen, zumal er die Möglichkeit zur Bekanntgabe seiner tatsächlichen Verhältnisse auf Grund seiner Ladung vom 30. März 2007 nicht wahrgenommen habe und somit seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse der erstinstanzlichen Behörde nicht bekannt gegeben habe. Hingegen hat die belangte Behörde die in den Feststellungen wiedergegebenen Angaben des Beschwerdeführers über Nettoeinkommen, Vermögen sowie den Sorgepflichten für seine frühere Ehefrau bei der Strafbemessung zutreffend berücksichtigt, sodass auch insoweit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides erkennbar ist.

Da bereits 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.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich auch eine Entscheidung über den Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Wien, am 1. Juli 2010