

# TE UVS Wien 2005/09/12 07/A/36/9987/2004

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.09.2005

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Fritz über die Berufung des Zollamtes E, Team K, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 9. Bezirk, vom 10.12.2004, Zi. MBA 9 - S 9572/04, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (Beschuldigter: Philipp G, vertreten durch Rechtsanwalt), nach durchgeföhrter öffentlicher mündlicher Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung des Zollamtes E Folge gegeben, der angefochtene Bescheid behoben und Herr Philipp G folgender zweier Verwaltungsübertretungen schuldig erkannt:

?Sie, Herr Philipp G, haben als Arbeitgeber mit Sitz in Wien, T-gasse) vom 26.7.2004 bis 11.8.2004 den polnischen Staatsbürger Jaroslaw Tomasz F, geboren am 1.10.1978, und 2) am 27.7.2004, am 30.7.2004, am 2.8.2004, am 3.8.2004 und vom 5.8.2004 bis 11.8.2004 den polnischen Staatsbürger Tomasz Krzysztof M, geboren am 19.12.1975, auf der Baustelle in N, Wohnpark, Hausgärten, Bauteil A mit dem Verspachteln von Rigipswänden und dem Setzen von Kantenschutz an

Fensterbänken und Türen beschäftigt, obwohl für diese Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden ist."

Herr Philipp G hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 28/2004.

Wegen dieser zwei Verwaltungsübertretungen wird über Herrn Philipp G gemäß § 28 Abs 1 Z 1 erster Strafsatz AuslBG idF BGBl. I Nr. 28/2004 ad 1) und ad 2) je eine Geldstrafe in der Höhe von 1.500,- Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit ad 1) und ad 2) je eine Ersatzfreiheitsstrafe von vier Tagen, verhängt. Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat Herr Philipp G einen Beitrag von insgesamt 300,- Euro, d.s. 10 % der verhängten Geldstrafen, als Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

Gemäß § 65 VStG wird Herrn Philipp G kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

## Text

Das Zollamt E, Team K, erstattete mit Schreiben vom 13.8.2004 gegen Herrn Philipp G Anzeige wegen des Verdachtes von Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, weil bei einer Überprüfung auf einer näher bezeichneten Baustelle in N durch Organe des Zollamtes am 11.8.2004 um 09:40 Uhr zwei polnische Staatsbürger arbeitend angetroffen worden seien (Verspachteln von Rigipswänden und Setzen von Kantenschutz an Fensterbänken und Türen). Laut einem angeschlossenen Protokoll seien bei dem Betreten der Baustelle sieben Männer angetroffen

worden, die mit Verspachteln von Rigipswänden und Setzen von Kantenschutz an Fensterbänken und Türen beschäftigt gewesen seien. Herr Ma vom Zollamt E habe die Personen zur Ausweisleistung und zum Ausfüllen der Personenblätter aufgefordert. Dabei habe es sich um F Jaroslaw Tomasz (in der Folge kurz: F.), M Tomasz (in der Folge kurz: M.), Christian D und vier weitere namentlich genannte Personen gehandelt. Laut Auskunft des Herrn D (in der Folge kurz: D.) seien die angeführten Personen für die Firma Philipp G mit den erwähnten Arbeiten tätig, wobei er selbst Vorarbeiter der Firma G sei. Die beiden polnischen Staatsbürger hätten keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen vorweisen können bzw. hätten angegeben, selbstständig zu sein. F. habe einen Auszug aus dem Gewerberегистor Nr. MBA 21-G-F 6381/04 vom 17.5.2004 und Herr M. einen Auszug aus dem Gewerberегистor Nr. MBA 18-G-F 4470/04 vom 2.6.2004 vorgewiesen. Danach sei von diesen (Anmerkung: jeweils an ihrer Wohnadresse) das folgende Gewerbe angemeldet worden:

?Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit". Da der dringende Verdacht bestanden habe, dass im gegenständlichen Fall eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorliege, sei Herr D. zum Sachverhalt näher befragt worden (eine mit diesem aufgenommene Niederschrift lag bei). Ebenso seien die beiden polnischen Staatsbürger F. und M. zum Sachverhalt befragt worden (die mit diesen aufgenommenen Niederschriften waren der Anzeige nur zum Teil angeschlossen; im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens wurden diese Niederschriften dann aber vollständig dem Magistrat der Stadt Wien übermittelt). Es waren weiters Kopien der Baustellenausweise (der beiden Polen) angeschlossen, auf welchen deren Firma mit ?G" bezeichnet ist. Der Anzeige waren weiters der Auftrag der Du-GmbH an Herrn Philipp G vom 8.7.2004 (über Malerarbeiten auf der gegenständlichen Baustelle mit einer Auftragssumme von rund 91.500,- Euro) sowie Kopien der Bau-Tagesberichte vom 19.7.2004 bis 10.8.2004 angeschlossen. Aufgrund dieser Anzeige des Zollamtes E wurde Herr Philipp G vom Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den

9. Bezirk, als Strafbehörde erster Instanz am 30.9.2004 zur Rechtfertigung aufgefordert, weil er als Arbeitgeber mit Sitz in Wien, T-gasse) vom 26.7.2004 bis 11.8.2004 den polnischen Staatsbürger F. und 2) vom 11.7.2004 bis 11.8.2004 den polnischen Staatsbürger M. auf der Baustelle in N, Wohnpark, Hausgärten, Bauteil A (Atrium), mit dem Verspachteln von Rigipswänden und dem Setzen von Kantenschutz an

Fensterbänken und Türen beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer weder eine gültige Beschäftigungsbewilligung oder eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung oder eine gültige Arbeitserlaubnis oder ein gültiger Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Herr Philipp G habe dadurch Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a iVm § 3 Abs 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 idgF (AuslBG) begangen.

In seiner hierzu abgegebenen Stellungnahme vom 18.10.2004 (im erstinstanzlichen Verfahren war Herr Philipp G durch seine Schwester, Frau Sandra G, vertreten worden) brachte Herr Philipp G vor, es sei richtig, dass F. vom 26.7.2004 bis 11.8.2004 und M. vom 11.7.2004 bis 11.8.2004 auf der Baustelle N, Hausgärten mit Verspachteln von Rigipswänden inklusive der erforderlichen Nebenarbeiten beschäftigt gewesen seien. Es läge jedoch keine Übertretung des AuslBG vor. Herr F. sei von ihm am 14.7.2004 schriftlich mit der Durchführung von Spachtelarbeiten beauftragt worden. Sie hätten sich vergewissert, dass Herr F. die Voraussetzungen dafür erfülle und sich den Gewerbeschein sowie die Bestätigung der Anmeldung zur Sozialversicherung vorlegen lassen. Herr M. sie von ihm am 10.7.2004 mündlich und in der Folge am 15.7.2004 schriftlich mit der Durchführung von Spachtelarbeiten beauftragt worden. Sie haben sich vergewissert, dass Herr M. die Voraussetzungen dafür erfülle und sich den Gewerbeschein sowie die Bestätigung der Anmeldung zur Sozialversicherung vorlegen lassen. Er sei (in beiden Fällen) seiner Prüfpflicht nachgekommen und liege aufgrund der

ordnungsgemäßen Gewerbeberechtigung keine Verwaltungsübertretung nach dem AuslBG vor. Neben den bereits der Anzeige angeschlossen gewesenen Auszügen aus dem Gewerberегистor wurden Versicherungsbestätigungen der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (bezüglich der beiden Polen) sowie Verträge zwischen Herrn Philipp G und Herrn F. und Herrn M. vorgelegt. Diese (inhaltlich völlig übereinstimmenden) Verträge betreffen jeweils Spachtelarbeiten auf der Baustelle in N, Hausgärten, Bauteil A bei einem Ausführungszeitraum Juli bis September 2004. In beiden Auftragsschreiben ist von 2.000 M2 Spachtelung an Wänden und Decken à 1,50 Euro und 150 M1 Kantenschutz setzen (nach Anforderung) à 2,80 Euro die Rede. Als weitere Vereinbarungen ist jeweils Folgendes angeführt:

?1.

Abgabe des ordnungsgemäßen Gewerbescheines

2.

Nachweis über die Versicherung bei Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft

3. Weitergabe der hier beauftragten Leistungen an andere Subunternehmer ist nicht zulässig.

4.

Der AN beginnt mit den Arbeiten erst nach Anweisung des AG.

5.

Der AN haftet für alle Folgeschäden bei nicht ordnungsgemäßer Ausführung der Leistungen.

6. Die erforderlichen Materialien werden vom AG zur Verfügung gestellt (davon ausgenommen sind erforderliche Handwerkzeuge zur Ausführung der Leistung).

7. Alle Rechnungen sind unter Nennung der Baustelle und Gewerk an den AG auszustellen.

8.

Ein Deckungs- und Haftrücklaß wird nicht in Abzug gebracht.

9.

Die Anordnungen des örtlichen Bauleiters des AG sind während der gesamten Dauer der Arbeiten für den AN verbindlich.

10. Der Beginn der Arbeiten sowie der genaue Arbeitsablauf und alle Zwischentermine sind unverzüglich mit dem AG zu vereinbaren.

11. Der AG ist berechtigt den Leistungsumfang einzuschränken oder auszudehnen, ohne Änderung der vereinbarten Einheitspreise."

In seiner Stellungnahme vom 8.11.2004 (zur Rechtfertigung des Beschuldigten) brachte das Zollamt E vor, es liege zumindest die Verwendung der beiden Polen in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis vor. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass die beiden Polen bei ihren Befragungen am 11.8.2004 angegeben haben, über keinen Vertrag mit der Firma Philipp G zu verfügen. Ohne weitere Ermittlungen (z.B. Einvernahme von Zeugen) erließ der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 9. Bezirk, den nunmehr angefochtenen Bescheid vom 10.12.2004, mit welchem gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG von der Fortführung des Strafverfahrens gegen Philipp G hinsichtlich des Vorwurfes, in zwei Fällen gegen Vorschriften des AuslBG verstößen zu haben, abgesehen und die Einstellung verfügt wurde. Zur Begründung ihrer Entscheidung führte die Erstbehörde aus, die beiden Ausländer hätten zum angelasteten Tatzeitpunkt ad personam jeweils die Berechtigung zur Ausübung des (näher angeführten) Gewerbes besessen, seien durch den Arbeitgeber Philipp G als Subunternehmer beauftragt worden und hätten den Umfang ihrer Gewerbeberechtigungen im Zuge der durchgeföhrten Tätigkeiten nicht überschritten. Auch die Beistellung des Werkzeuges bzw. der Transport zur Baustelle durch den Generalunternehmer (Anmerkung: es war im gesamten erinstanzlichen Verfahren nie die Rede davon, dass Herr Philipp G auf der hier in Rede stehenden Baustelle ?Generalunternehmer" gewesen wäre) seien in diesem Zusammenhang nicht als arbeitnehmerähnliches Verhältnis zu werten, da die Tätigkeiten durch die beiden Ausländer aufgrund gewerberechtlicher Vorschriften ausgeübt worden seien und die Zurverfügungstellung von Werkzeug bzw. Fahrtmöglichkeiten in gewerberechtlicher Hinsicht nicht unzulässig sei. Es deuteten somit alle Umstände auf eigene gewerbliche Tätigkeiten der beiden angetroffenen Ausländer hin.

Gegen diesen einstellenden Bescheid erhob das Zollamt E, Team K, innerhalb offener Frist Berufung, in der vorgebracht wurde, es könne nicht eindeutig nachvollzogen werden, weshalb die Erstbehörde davon ausgehe, dass kein Verstoß nach dem AuslBG vorliegen würde. Aufgrund der Aktenlage liege aus dortiger Sicht ein arbeits- bzw. arbeitnehmerähnliches Verhältnis der beiden ausländischen Staatsbürger vor. Es wurden dann folgende Punkte angeführt:

- ° Jaroslaw Tomasz F und Tomasz M arbeiteten gemeinsam mit anderen Arbeitern der Firma G an einem Werk ? Organisatorische Eingliederung
- ° Werkzeug und Material wurde von der Firma G zur Verfügung gestellt
- ° Verbringung auf die Baustelle mit dem Firmenbus der Firma G ° Arbeitseinteilung und Anweisungen wurden vor Ort durch den Vorarbeiter der Firma G, Herrn D Christian, erteilt ? Weisungsgebundenheit
- ° Beide Arbeiter wurden von Herrn Philipp G dem Vorarbeiter zur Arbeitseinteilung bzw. Arbeitsverrichtung zugeteilt ° Regelmäßige Arbeitszeit von Montag bis Freitag in der Zeit von ca. 07.00 ? 16.00 Uhr (sh. Bau-Tageberichte) mit einer halben Stunde Mittagspause bzw. Wochenarbeitszeit von 38 Stunden (sh. Angaben Personenblätter) ? Keine persönliche Entscheidungsfreiheit
- ° Wem kam die Arbeitsleistung zugute bzw. wer haftet für die durchgeführten Arbeiten ?"

Im gegenständlichen Fall liege ein zumindest arbeitnehmerähnliches Verhältnis zwischen der Firma G und den beiden Ausländern vor. Weiters seien die Angaben und Beweismittel der Zollbehörde im Verwaltungsstrafverfahren nicht entsprechend gewürdigt worden. Dies stelle nach dortiger Sicht einen groben Formalfehler dar, weshalb der Bescheid in seiner Gesamtheit angefochten werde.

Die Berufung des Zollamtes E wurde Herrn G mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt. In seiner Stellungnahme vom 3.2.2005 brachte der ? nunmehr anwaltlich vertretene ? Beschuldigte vor, entgegen der Darstellung der anzeigen Behörde seien von den Werkunternehmern F. und M. ihre eigenen Werkzeuge verwendet worden, lediglich das Material sei vom Werkbesteller beigestellt worden. Die Werkunternehmer hätten sich ? wie auch der Werkbesteller selbst ? an den vom Generalunternehmer auf der gesamten Baustelle vorgegebenen Zeiten orientieren müssen. Um das Gewerk möglichst bald fertig zu stellen, seien diese Zeiten nach Möglichkeit voll ausgeschöpft worden. Die Bezahlung der Werkunternehmer sei auch nicht auf Basis geleisteter Arbeitsstunden erfolgt, sondern sei im Werkvertrag ein exakter Werklohn für eine jeweils genau bestimmte Menge an (Quadrat-)Metern Wände und Decken bzw. Kantenschutz vereinbart gewesen. Dieser Werklohn hätte sich auch nicht geändert, hätten die Werkunternehmer für die Arbeiten in ihren Bereichen aufgrund anderer Zeiteinteilung oder unterschiedlicher Arbeitsgeschwindigkeit mehr oder weniger Zeit benötigt. Laut anzeigen Behörde hätten die Werkunternehmer an ein und demselben Werk wie die Arbeiter des Beschuldigten gearbeitet. Richtig sei jedoch, dass den Werkunternehmern jeweils ein eigener Bereich (zu verspachtelnde Wände bzw. Fensterbänke und Kanten, an denen Kantenschutz gelegt hätte werden sollen) zugewiesen gewesen sei. Die Dokumentation der Tätigkeit und des Arbeitsfortschrittes der Werkunternehmer im Bautagebuch des Werkbestellers sei lediglich routinemäßig erfolgt, um den Überblick über den Fortgang der Arbeiten zu bewahren, zukünftig entsprechend planen zu können und gegenüber dem Generalunternehmer und Auftraggeber des Beschuldigten gegebenenfalls die erfolgten Arbeitsschritte dokumentieren zu können. Die von der anzeigen Behörde behauptete Weisungsgebundenheit habe sich in Wahrheit einerseits auf die Spezifizierung des bestellten Werkes (z.B. Zuweisung eines jeweils eigenen Arbeitsbereiches durch Herrn D., den Vertreter des Werkbestellers vor Ort) und andererseits auf die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften beschränkt, nicht zuletzt auch im Interesse der eigenen Arbeiter des Werkbestellers. Darüber hinaus gehende Weisungen seien nicht erteilt worden und hätten auch nicht befolgt werden müssen. Die Werkunternehmer seien dem Werkbesteller aus dem Vertrag nicht nur zur Herstellung eines bestimmten Werkes verpflichtet gewesen, sondern hätten diesem gegenüber auch ausdrücklich für eventuelle Folgeschäden aufgrund Schlechterfüllung gehaftet, wiewohl der Beschuldigte dem Generalunternehmer gegenüber für die vertragsgemäße Erfüllung durch eigene Arbeitskräfte wie auch Subunternehmer gehaftet habe.

Die anzeigen Behörde führe ? so brachte der Beschuldigte weiters vor - zu Recht an, dass der Transport der Werkunternehmer zur Baustelle mittels eines Fahrzeuges des Werkbestellers ein Indiz für eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit sei. Im Sinne einer Gesamtbetrachtung zur Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes der Tätigkeit sei aber wohl davon auszugehen, dass insgesamt die Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit jeweils deutlich überwiegen würden. Richtig sei weiters, dass in den Verträgen jeweils vereinbart worden sei, dass diese die Arbeiten persönlich zu erbringen gehabt haben. Der Grund für diesen Ausschluss einer Substitutionsbefugnis liege jedoch darin, dass der Beschuldigte sich vom Vorliegen der entsprechenden Gewerbescheine und aufrechter Sozialversicherungsverhältnisse jeweils in der Person der Werkunternehmer überzeugt gehabt habe und ihm daran gelegen gewesen sei, dass nur befugte Personen mit der Ausführung der Arbeiten betraut würden. Es entspreche

seinem Wissensstand, dass die Werkunternehmer vergleichbare Werke ? wenn auch nicht zur gleichen Zeit ? auch für andere Auftraggeber hergestellt hätten. Nach den zwischen ihm und den Werkunternehmern geschlossenen Verträgen wäre es letzteren auch während der Herstellung der gegenständlichen Werke freigestanden, Arbeiten im Rahmen ihrer eigenen Zeiteinteilung auch für andere Auftraggeber selbst oder durch Gehilfen zu erbringen. Aus all diesen Gründen sei auch die Erstbehörde nicht von einer Verletzung der gegenständlichen Bestimmung des AusIBG ausgegangen und habe die Einstellung des Strafverfahrens verfügt. Er beantrage daher, die Berufungsbehörde möge die Berufung abweisen. Sollte die Berufungsbehörde zu der Überzeugung gelangen, die jeweilige Tätigkeit der beiden Polen im Auftrag des Beschuldigten sei als arbeitnehmerähnliches Verhältnis zu qualifizieren, so ersuche er angesichts dessen, dass er im guten Glauben von der Rechtmäßigkeit seines Handelns ausgegangen sei und sich um die Überprüfung des Vorliegens der entsprechenden Gewerbescheine und aufrechter Sozialversicherungsverhältnisse bemüht habe, in eventu von einer Bestrafung abzusehen und es gegebenenfalls mit einer Ermahnung bewenden zu lassen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien holte im Zuge des Berufungsverfahrens auch Auskünfte verschiedener Stellen ein (Vorstrafenauszüge betreffend des Beschuldigten, Meldeanfragen, Anfrage an die Wiener Gebietskrankenkasse) und führte am 14.3.2005 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der Herr Stefan B als Vertreter des Zollamtes E und Herr Philipp G, der in Begleitung von seinem Rechtsvertreter erschienen war, teilnahmen und in der F., M., D. und Frau Sandra G als Zeugen einvernommen wurden. Der Vertreter des Beschuldigten legte zunächst die Originalverträge mit den beiden Polen sowie Rechnungen vor und wies darauf hin, dass die Auszahlung bar erfolgt sei.

Bei seiner Einvernahme als Beschuldigter gab Herr G Folgendes an:

?Meine Firma hatte auf der gegenständlichen Baustelle die gesamten Malerarbeiten und die gesamten Vorarbeiten, wie Spachtelarbeiten, die eben dazugehören. Wir haben auch Fugen verspachtelt und Kantenschutz gesetzt. Begonnen hat die Baustelle von unserer Seite ca. drei bis vier Wochen vor dem 19.7.2004. Herr Jaroslaw F hat in diesen drei bis vier Wochen auf dieser Baustelle Spachtelarbeiten gemacht. Die Hinweise auf AS 31 auf die Namen der beiden Ausländer im Bautagebuch stimmen so. Herr In ist Herr In Taner, ein Lehrling. In dieser Woche hat der Lehrling die Vorarbeiten gemacht, wie z.B. Durchgeschert (Betongrade geschert) und Haftgrundiert. Der Lehrling hat alleine gearbeitet. Es kann schon sein, dass sie im gleichen Wohnbereich waren. Der Lehrling ist in diesen drei oder vier Wochen mit Herrn F. auf die Baustelle gefahren. Wo sie sich getroffen haben, weiß ich aber nicht. Das erste Mal war ich mit auf der Baustelle und habe die Arbeit zugewiesen.

Ein ehemaliger Mitarbeiter von mir hat mich angerufen und mich gefragt, ob ich grundsätzlich Arbeit habe. Ich habe gesagt, ja, er solle sie vorbeischicken. Es ist zuerst Herr F. gekommen. Ich fragte ihn, ob er die Gewerbescheine hat und versichert sei. Er sagte, dies sei alles im Laufen. Ich weiß nicht, was Herr F. in Polen für eine Ausbildung hat. Auch von Herrn M. weiß ich dazu nichts. Ich sagte dann, ich hätte einen Auftrag und könnte es etwas werden, er solle wiederkommen, wenn er alle Papiere hat. Er ist dann zwei bis drei Wochen später gekommen, ein genaues Datum weiß ich aber nicht. Mündlich ist Herr F. schon vorher beauftragt worden. Am 14.7.2004 ist es dann schriftlich gemacht worden. Mündlich haben wir ein paar Tage vorher ausgemacht, dass es klappt und er kommen könne.

Auf die Frage, wann er dann mit den Arbeiten begonnen hat, gebe ich an, da habe ich eigentlich keine Aufzeichnungen. Herr F. sagte, er habe einen Freund. Ich sagte ja, er solle ihn auch vorbeischicken. Auch dieser hatte die Papiere noch nicht und sagte ich ihm, er solle wiederkommen wenn er die Papiere hat. Wenn auf dem Vertrag mit Herrn M. der 15.7.2004 steht, dann wird dies schon dieser Tag gewesen sein.

Meine Leute haben sich im Büro getroffen. Wir haben von Anfang an gesagt, dass, wenn wir mit unserem Auto rausfahren, sie mitfahren können.

Es ist richtig, dass die beiden Polen im Bautagebuch u.a. gemeinsam mit meinen Mitarbeitern angeführt sind. Wir haben es deshalb aufgeschrieben damit es dann nachvollziehbar ist, was sie gemacht haben. Entweder mein Vorarbeiter Herr D oder ich haben den Polen gesagt, welche Arbeit zu machen ist (welche Zimmer, welche Häuser, welche Einheiten, je nach dem).

Über Vorhalt des Tagesberichtes für den 5.8.2004 gebe ich an, da müssen sie den Vorarbeiter fragen.

Die beiden Rechnungen von Herrn F. hat mir dieser gebracht und ist es von mir bar ausbezahlt worden, nach einer Kontrolle des Aufmaßes durch meine Schwester.

Auf die Frage, wie ich weiß, wie viele Quadratmeter gemacht wurden, gebe ich an, dies weiß mein Vorarbeiter und haben die Ausländer hierzu auch Unterlagen vorgelegt.

Für mich brauchen die Rechnungen nicht unterschrieben werden. Der Beschuldigte gibt an, die Rechnungen seien nur Kopien und befänden sich die Originale in der Buchhaltung.

Auf die Frage, wie lange die beiden auf der gegenständlichen Baustelle tätig waren, gebe ich an, Herr F. ein bisschen länger, ich schätze ungefähr drei Monate, ich weiß es aber nicht genau. Die Ausländer haben mir deren Aufzeichnungen nicht gezeigt, sondern nur gesagt, wo sie wie viele Quadratmeter gemacht haben und habe ich dies über meine Vorarbeiter überprüft, ob sie das gemacht haben. Meine Schwester hat das Aufmaß überprüft.

Herr No war bei mir Tapezierergeselle und ist nicht mehr bei mir beschäftigt.

Über Befragen des Rechtsanwaltes:

Von mir aus weiß ich, dass sie mit eigenem Werkzeug gearbeitet haben. Man braucht eine Leiter und eine Klettkelle, Kleinigkeiten. Das Material ist von meinem Unternehmen gestellt worden. Die Arbeitszeiten haben sich gerichtet nach der Firma Du, unserem Auftraggeber. Es war pro Quadratmeter ein Betrag von 1,50 Euro vereinbart. Mein Vorarbeiter hat alles im Griff und merkt er sich auch, wer wo was gemacht hat.

Über Befragen des Vertreters des Zollamtes:

Mein Gewerbeschein als Tapezierer berechtigt mich auch zu Malerarbeiten.

Ich war zuerst wöchentlich auf der Baustelle und dann habe ich alles telefonisch gemacht. Bei der gegenständlichen Kontrolle war ich nicht dabei. Bei den mündlichen Gesprächen haben die Ausländer gesagt, dass die Sache mit dem Gewerbeschein im laufen sei. Zusätzlich haben wir, als die Gewerbescheine vorgelegt wurden, bei der Wirtschaftskammer angerufen und die Anmeldung von der Gewerblichen Wirtschaft bekommen.

Über Befragen des Verhandlungsleiters:

Über Vorhalt AS 11 gebe ich an, es schaut so aus, dass bei den Ausweisen der beiden Ausländer meine Firma angegeben gewesen ist. Ich habe an die Firma Du die Anmeldung zur gewerblichen Versicherung geschickt gehabt."

Herr D. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

?Ich war zur fraglichen Zeit bei der Fa. G beschäftigt und bin ich Tapezierermeister. Ich weiß nicht auswendig, wann ich auf diese Baustelle gekommen bin.

Wenn in der Niederschrift auf AS 7 vom 5.8.2004 die Rede ist, so kann dies stimmen. Ich war der Vorarbeiter auf dieser Baustelle. Ich habe auch das Bautagebuch geführt. Die beiden polnischen Staatsbürger kenne ich. Ich bin mit dem Firmenbus auf die Baustelle gekommen. Die beiden Polen sind teilweise auch mit dem Firmenbus auf die Baustelle gekommen. Ich habe in der Früh für die Baustelle den Schlüssel ausgefasst für die Bereiche, für die gearbeitet wurde. Am Kontrolltag war es das Atrium. Es war von vornherein bekannt, dass die beiden spachteln. Ich sagte ihnen, dies und das sei zu machen. Sie haben nur gespachtelt. Sie haben auch den Kantenschutz gesetzt. Eine Wand muss mit einer Spachtel auch vorher durchgeschartet werden und haben dies auch die beiden Polen gemacht. Die Schwester des Beschuldigten war nicht auf der Baustelle. Wenn auf dem Bautagesbericht vom 11.8.2004 auf der Vorderseite Angaben stehen, so hat Herr J den Kantenschutz gesetzt und wir haben tapeziert. Die Schwester des Beschuldigten hatte zuvor alles vermessen gehabt und konnte ich etwa nach Beendigung des Atriums sagen, wie viel Quadratmeter gemacht worden sind. Das Material war von der Firma, Werkzeug hatten die beiden Polen mit, einzelne Werkzeuge haben sie aber auch unsere verwendet.

Über Vorhalt des Tagesberichtes für den 2.8.2004 gebe ich an, da waren die vier angeführten Personen auf der Baustelle. Über Vorhalt gebe ich an, Herr Harald und Herr In haben auch gespachtelt, aber auch tapeziert. Sie haben die Decke gespachtelt. Herr J und Herr Tomasz waren ja nur für die Wände zuständig. Bevor ich auf die Baustelle kam,

war ich auf Urlaub und war unser Lehrling schon auf der Baustelle und hat Herrn In die Decke durchgeschart und grundiert, teilweise auch gestemmt. Über Vorhalt des Tagesberichtes auf AS 45 gebe ich an, hier hat etwa Herr Tomasz gespachtelt und ich habe tapeziert. Wenn es dort heißt, Tomasz und Chris je ein Fenster Kantenschutz, so gebe ich an, Tomasz hat gespachtelt und ich werde es unten an den Fensterbanken gemacht haben.

Soviel ich weiß, haben die beiden Polen nur einen Zettel geschrieben und dann im Geschäft verrechnet, dies hat mich nicht betroffen. Ich bin ca. dreimal in die einzelnen Bereichen der Häuser drinnen gewesen und habe ich gesehen, was gemacht worden ist. Ich konnte daher angeben, wie viel gemacht worden ist. Es ist vorher festgestanden, was zu machen ist, und zwar Spachtelung und Kantenschutz setzen. Einen Vertrag mit den beiden Polen habe ich nicht gesehen. Bezuglich der Zeiten vor Ort waren wir an die Vorgaben der Du-Bau gebunden. Wenn z.B. ein Kantenschutz wo vergessen wurde und mich der Polier darauf aufmerksam gemacht hat, dann habe ich ihnen das gesagt und ist es dann erledigt worden. Ansonsten hat es bei der Arbeit keine Mängel gegeben. Ich weiß nicht, welche Ausbildung die beiden Polen gehabt haben.

Da die Firma zentral für alle gelegen ist, haben wir uns alle dort getroffen.

Über Befragen des Vertreters des Zollamtes E:

Von der bei der Kontrolle aufgenommenen Niederschrift mit den Zeugen wird eine Kopie angefertigt.

Über Vorhaltes des Inhaltes dieser Niederschrift gebe ich an, mit gemeinsam habe ich gemeint, dass die Leute im selben Haus tätig waren. Zum Werkzeug habe ich auch zuvor gesagt, dass sie sich das Rührwerk ausgeborgt haben.

Ich habe schon auch bei den zwei Polen geschaut, ob sie Sicherheitsschuhe haben, dies ist ja eine Pflicht. Sie hatten ihre eigene Leiter und musste ich schauen, ob die Sicherheitskette vorhanden ist. Dies habe ich aber natürlich nicht jeden Tag kontrolliert. Zur Arbeit habe ich, wenn etwas vergessen wurde, darauf hingewiesen.

Wenn in der Niederschrift von einer Arbeitseinteilung die Rede ist, so gebe ich an, ich habe das so gemeint, dass ich etwa gesagt habe, dass in einem Bereich, wo gerade gestemmt worden ist, nicht gespachtelt werden kann.

Die beiden Polen haben nicht mit uns mit dem Firmenbus mitfahren müssen. Wenn die beiden Polen da waren, dann sind sie auch mit dem Firmenbus mitgefahren. Wenn wir arbeiten, dann haben die beiden Polen auch gearbeitet.

Über Befragen des Beschuldigtenvertreters:

Während ich nicht auf der Baustelle war, weiß ich nicht, ob die beiden Polen da einmal mit dem eigenen Fahrzeug auf die Baustelle gefahren sind. Als ich nicht auf der Baustelle war, habe ich gehört, dass die polnischen Arbeiter sicher mit dem eigenen Auto gefahren sind. Dies habe ich von den Lehrbuben gehört. Herr

In ist, was ich weiß, ein paar Mal mit Herrn J auf die Baustelle gefahren.

Herr Ja ist ein Lehrbub und noch bei der Firma. Harald No ist ein Facharbeiter und ist nicht mehr bei der Firma. Herr Go Daniel ist nicht mehr bei der Firma und war auch Lehrling. Herr Hermann G ist auch Facharbeiter."

(Der Beschuldigte gibt an, es sei dies sein Onkel und nicht mehr bei der Firma.)

Über Befragen seines Rechtsanwaltes merkte der Beschuldigte noch an, er habe sich bei der Wirtschaftskammer erkundigt, wie das mit den neuen EU-Bürgern und Gewerbeschein sei. Er habe den Gewerbeschein und die Anmeldung zur gewerblichen Sozialversicherung verlangt (der Beschuldigte hat dann die Verhandlung verlassen).

Herr F. gab bei seiner Einvernahme als Zeuge Folgendes an:

?Ich habe in Polen Schlosser gelernt. Ich habe einen Freund aus Polen und hatte dieser bei Herrn G gearbeitet. Ich habe viele Leute wegen einem Auftrag gefragt. Mein Freund hat mir gesagt, er kenne eine Firma. Er sagte mir, ich solle fragen, ob ich einen Auftrag bekomme. Ich war dann bei Herrn G in der T-gasse im Büro und habe ich wegen einem Auftrag gefragt. Es war glaublich im Mai. Herr G fragte mich nach den Papieren und sagte ich, dass ich einen Gewerbeschein mache.

Ich weiß nicht mehr genau, wann ich einen Auftrag zum Arbeiten von Herrn G bekommen habe.

Auf die Nachfrage, ob ich einen Auftrag zum Arbeiten schriftlich oder mündlich bekommen habe, gebe ich an, schriftlich. Es war dies für die Wände verspachteln.

Auf die Frage, ob ich eigenes Werkzeug gehabt habe, gebe ich an, die Leiter hatte ich mit und Spachtelzeug. Manchmal habe ich mir z. B. eine große Kelle ausgeborgt gehabt.

Über Vorhalt der mit mir am 11.8.2004 aufgenommenen Niederschrift, gebe ich an, wahrscheinlich habe ich auch die Frage nicht gut verstanden.

Am ersten Tag war Herr G mit mir auf der Baustelle und hat mir gezeigt, welche Häuser man zuerst anfangen kann.

Auf die Frage, ob ich einen Herrn In, einen Lehrling kenne, gebe ich an, ich kenne ihn von der Baustelle. Dieser hat auch dort gearbeitet. Ich weiß nicht, was dieser dort gemacht hat, Grundieren oder so.

Auf die Frage, ob bzw. wann ich eine Rechnung für die Baustelle in N gelegt habe, gebe ich an, glaublich zwei Rechnungen, eine im September und eine im Oktober. Die Rechnung hat meine Frau mit dem Computer gemacht. Ich habe mir aufgeschrieben, welche Häuser ich gemacht habe und dann war ich in der T-gasse und die Frau oder Schwester des Herrn G hat sich das auf dem Plan angeschaut und hat mir gesagt, wie viel Quadratmeter es genau sind. Ich weiß nicht genau, wann ich einen Vertrag bezüglich der gegenständlichen Baustelle unterschrieben habe. Ich habe eine Kopie des Vertrages bekommen.

Über Befragen des Rechtsanwaltes:

Bei der Kontrolle hatte ich nichts mitgehabt. Ich ergänze, ich hatte den Gewerbeschein mit.

Über Befragen des Verhandlungsleiters:

Über Vorhalt des Auftrages gebe ich an, das ist dies, von dem ich eine Kopie habe. In der Me-gasse wohne ich. Manchmal ist meine Frau bei mir und bin ich auch nicht immer da. Die Unterschrift ist von mir und auch das Datum.

Ich bin nicht immer mit dem Firmenbus auf die Baustelle gefahren. Ich bin schon auch mit meinem Auto auf die Baustelle gefahren. Herr M ist mein Freund und ist dieser über mich zur Firma gekommen.

Über Vorhalt des Bautageberichtes vom 3.8.2004 gebe ich an, ich kenne das nicht. Wir haben auch den Kantenschutz aufgesetzt. Herr M hat auch dort auf der Baustelle gearbeitet.

Über Befragen des Vertreters des Zollamtes E:

Ich kann mich an die gegenständliche Kontrolle noch erinnern. Bei der Kontrolle waren alle insgesamt dort. Dann sind bei der Kontrolle alle zusammengekommen. Es war glaublich mein Freund, Herr Tomasz bei mir oder haben wir Frühstück gemacht, keine Ahnung. Über Vorhalt, dass bei der Kontrolle in der Niederschrift davon die Rede war, dass es nur eine mündliche Vereinbarung gebe, nunmehr vom Beschuldigten ein schriftlicher Vertrag vorgelegt wurde, gebe ich an, ich kann nicht so gut Deutsch sprechen. Es war dort schon ein bisschen stressig. Ich war damals in Polen Bauer.

Das Geld habe ich bar auf die Hand ausbezahlt bekommen. Ich habe kein Konto. Dies war gleich, als ich die Rechnung im Büro abgegeben habe und Herr G dies akzeptiert hat."

Herr M. machte bei seiner Einvernahme als Zeuge die folgenden Angaben:

?Ich bin von Beruf Automechaniker (Kranfahrer). Ich bin nach Österreich gekommen, wegen Arbeitssuche. Zum Beschuldigten bin ich über Herrn F. gekommen. Ich weiß heute nicht mehr, wann ich für den Beschuldigten Arbeiten gemacht habe. Ich kann mich an die gegenständliche Kontrolle noch erinnern. Ich habe mit Herrn G einen schriftlichen Vertrag gehabt. Diesen hatte ich zum Kontrollzeitpunkt nicht mit. Ich habe von Herrn J gewusst, was auf der Baustelle zu machen ist. Ich habe selbst Werkzeug gehabt. Auf Nachfrage gebe ich an, es war dies Spachtelzeug. Herr J hatte eine Viererleiter.

Über Vorhalt des Inhaltes der mit mir am 11.8.2004 aufgenommenen Niederschrift gebe ich an, ich habe das dort falsch verstanden. Es war ein Stress damals.

Geld habe ich bar ausbezahlt bekommen, mit der Rechnung. Ich habe alles notiert, was ich gemacht habe. Jede Woche oder so habe ich notiert. Der Rest war dann von den Plänen. Die Abrechnung erfolgte von den Plänen. Am Kontrolltag habe ich gemeinsam mit Herrn F. in einem Raum gearbeitet.

Auf nochmalige Frage, ob ich am Kontrolltag gemeinsam mit Herrn F. im Atriumraum gearbeitet habe, gebe ich an, nein. Auf die Frage, was sonst war, gebe ich an, ich war irgendwo in einem Nebenraum, oder so."

Frau Sandra G gab bei ihrer Einvernahme als Zeugin Folgendes an:

?Ich bin kaufmännische Angestellte bei der Firma meines Bruders und mache die gesamte Büroarbeit. Die beiden Polen hatte ich zweimal kurz gesehen gehabt. Ich habe die Verträge geschrieben gehabt. Ich glaube, dass ich bei einem dabei war, als unterschrieben worden ist.

Ich habe für unser Bauvorhaben prinzipiell die Aufstellung der Maße gemacht. Ich bin dann aufgrund der Verrechnung gefragt worden, wie viel es in Quadratmeter ausmacht, was die beiden geleistet haben. Sie haben dann von mir die Quadratmeter bekommen. Irgendwann habe ich dann die Rechnung in die Buchhaltung bekommen. Es ist dann bar ausbezahlt worden. Ich war zweimal auf der Baustelle wegen der Aufstellung der Maße. Mit dem Bautagebuch habe ich nichts zu tun. Herr No ist nicht mehr bei der Firma.

Herr In Taner ist ein Lehrling von uns und ist dieser noch bei der Firma.

Über Befragen des Beschuldigtenvertreters:

Ich habe ein Telefonat mit der Wirtschaftskammer geführt, und mich über die Beschäftigung von Subunternehmer informiert. Dies war vor Abschluss der gegenständlichen Verträge. Ich habe einen Gewerbeschein verlangt und die Anmeldung zur Sozialversicherung.

Über Befragen des Vertreters des Zollamtes:

Ich habe nur bei der Wirtschaftskammer angerufen und nicht bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS. Die Auszahlung hat mein Bruder vorgenommen.

Auf die Frage, ob die beiden Polen mir eine Aufstellung über die geleisteten Quadratmeter gegeben haben, gebe ich an, nein, die Quadratmeter wussten sie ja gar nicht. Ich habe von ihnen eine Aufstellung bekommen, welche Arbeiten sie in welchen Häusern gemacht haben.

Ich habe meinen Bruder und den Vorarbeiter gefragt, ob dies so stimmt und aufgrund dessen habe ich die Quadratmeter ermittelt. Die Bautagesberichte hatte ich nicht zur Verfügung."

In ihren Schlussausführungen verwiesen der Beschuldigtenvertreter und der Vertreter des Zollamtes auf die von ihnen eingebrachten Schriftsätze. Die anwesenden Parteien verzichteten auf die mündliche Verkündung des Berufungsbescheides.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 28/2004 ? ausgehend von den maßgeblichen Tatzeiten -, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. ...

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

a)

in einem Arbeitsverhältnis,

b)

in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich 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.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

a) in den Fällen des Abs 2 lit b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

...

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. ...

...

#### Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, 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 einen Niederlassungsnachweis besitzt.

...

#### Strafbestimmungen

§ 28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer

a) 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 Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG) ausgestellt wurde,

...

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1.000,-- Euro bis zu 5.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2.000,-- Euro bis zu 10.000,-- Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4.000,-- Euro bis 25.000,-- Euro;

...

...

(7) Wird ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, dass eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt."

Aufgrund des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens und der dabei erhobenen Beweisergebnisse nimmt es der Unabhängige Verwaltungssenat Wien als erwiesen an, dass die beiden polnischen Staatsbürger F. und M. auf der näher bezeichneten Baustelle in N zu näher angeführten Zeiten (Anm.: entspricht den Eintragungen in den Bau-Tagesberichten) vom Einzelunternehmen des Herrn Philipp G mit Spachtelarbeiten und dem Setzen von Kantenschutz beschäftigt worden sind und diese Verwendung der beiden Ausländer nach dem AusIBG bewilligungspflichtig gewesen ist. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass für die beiden Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung noch eine Zulassung als Schlüsselkraft erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden ist und die beiden Polen auch keine für die Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besessen haben.

Die Verantwortung des Herrn Philipp G geht (zusammengefasst) in die Richtung, es könne ihm in keinem der beiden Fälle ein Verstoß des AusIBG angelastet werden, weil die beiden Ausländer aufgrund eines Werkvertrages (als Subunternehmer) tätig gewesen seien und er sich (jeweils) den Gewerbeschein sowie die Bestätigung der Anmeldung zur Sozialversicherung habe vorlegen lassen. Dem gegenständlichen Verfahren liegt (wie schon erwähnt) eine Anzeige des Zollamtes E vom 13.8.2004 zugrunde. Danach hat am 11.8.2004 um 09:40 Uhr eine Kontrolle der gegenständlichen

Baustelle in N stattgefunden, wobei (neben fünf angemeldeten Arbeitnehmern des Herrn G) die beiden polnischen Staatsbürger arbeitend angetroffen wurden. Schon in dem (der Anzeige angeschlossenen) Protokoll heißt es, dass die sieben Männer mit dem Verspachteln von Rigipswänden und dem Setzen von Kantenschutz an Fensterbänken und Türen beschäftigt gewesen seien (dass diese sieben Personen in örtlich getrennten bzw. trennbaren Bereichen der Baustelle tätig gewesen seien, lässt sich diesem Protokoll über die Kontrolle nicht entnehmen und hat auch Herr G hierzu keine nachvollziehbaren, durch Bescheinigungsmittel untermauerte Angaben gemacht). Es ist dann noch vor Ort (auf der Baustelle) mit dem Vorarbeiter der Firma G, Herrn D., eine Niederschrift aufgenommen worden. Nach dessen Angaben sei Herr M. seit 5.8.2004, Herr F. seit 26.7.2004 auf der Baustelle tätig. Er selbst sei ebenfalls seit 5.8.2004 auf der

Baustelle tätig. Herr F. sei in der Zeit vom 26.7.2004 bis 4.8.2004 mit Herrn Tarnat In (einem Lehrling) mit den näher angeführten Arbeiten auf der Baustelle beschäftigt gewesen. Auf die Baustelle seien die beiden polnischen Staatsbürger sowie weitere fünf inländische bzw. bewilligte ausländische Staatsangehörige immer mit dem Firmenfahrzeug (einem Ford Transit) gelangt. Die tägliche Arbeitszeit sei Montag bis Freitag von 07:00 bis 15:30 Uhr. Die Arbeitseinteilung vor Ort erfolge immer durch ihn bzw. wenn er einen Tag nicht auf der Baustelle sei, am Vortag. Das Material (Spachtelmasse und Kantenschutz) und Werkzeug (Rührwerk und diverse Spachteln) seien im Besitz der Firma G. Die beiden Herren seien ihm am 5.8.2004 von Herrn Philipp G für die Baustelle in N zugeteilt worden. Von den beiden polnischen

Staatsbürgern habe er im Zuge der Arbeiten erfahren, dass diese selbstständig seien und als Auftragnehmer (?Subler") für die Firma tätig seien. Auf Befragen gab er dann noch an, dass die genannten Arbeiten gemeinsam von Arbeitnehmern der Firma G und den polnischen Staatsbürgern unter seiner Leitung (Anweisungen, Arbeitseinteilung, Kontrolle) erfolgt seien. Seit 5.8.2004 führe er täglich ein Bautagebuch, das er den Zollorganen zwecks Anfertigung von Kopien vorlege. Über die Art der Entlohnung der beiden polnischen Staatsbürgern könne er keine Angaben machen (diese Niederschrift ist von Herrn D. auch unterschrieben worden). Wie bereits oben angeführt wurde, wurden auch Kopien der Baustellenausweise der beiden Polen angefertigt und scheint auf diesen als Firma, für die die beiden arbeiten, die Firma G auf. Auf den von den beiden Polen ausgefüllten Personenblättern haben sie angegeben gehabt, im Auftrag für die Firma G ?selbstständig" tätig zu sein. In der Rubrik ?tägliche Arbeitszeit" geben sie übereinstimmend 38 Stunden (nach h.a. Ansicht gemeint: Wochenarbeitszeit) an.

Mit den beiden polnischen Staatsbürgern sind dann auch (noch auf der Baustelle am Kontrolltag) Niederschriften aufgenommen worden. So gab etwa Herr F. an, er habe seit 14.5.2004 ein Gewerbe angemeldet und sei seit 26.7.2004 als ?Subunternehmer" für die Firma G auf der gegenständlichen Baustelle tätig. Einen Vertrag mit der Firma G gebe es nicht, es sei nur mündlich mit dem Chef (Herrn Philipp G) vereinbart worden, dass er pro Quadratmeter bzw. Laufmeter bezahlt werde; pro Quadratmeter solle er 1,50 Euro erhalten, bisher habe er ca. 200 bis 300 m<sup>2</sup> für die Firma G gearbeitet. Er habe für seine Arbeiten kein eigenes Werkzeug, dieses werde ihm von der Firma G zur Verfügung gestellt. Er fahre täglich mit dem Firmenbus der Firma G gemeinsam mit den Arbeitern der Firma G auf die Baustelle nach N. Er habe bisher noch keine Rechnung gelegt und

auch noch kein Geld erhalten. Die Arbeit in N sei

seine erste Arbeit als Selbstständiger (eine Steuernummer habe er noch nicht beim Finanzamt beantragt). Seine tägliche Arbeitszeit betrage acht Stunden (von 07:00 bis 15:30 Uhr mit einer halben Stunde Mittagspause). Seine Arbeit auf der Baustelle in N werde voraussichtlich noch bis nächste Woche dauern. Er habe sich einen Gewerbeschein auf Anraten seiner Anwältin Mag. Bi gelöst, da ein normales Arbeitsverhältnis in Österreich laut deren Aussage nicht möglich sei. Zur Firma G sei er über einen Freund gelangt, der ihm gesagt habe, dass es bei dieser Firma Arbeit für ihn gebe.

Herr M. machte bei seiner Befragung im Wesentlichen gleichlautende Angaben. So wies er darauf hin, seit 25.5.2004 einen Gewerbeschein gelöst zu haben und seit diesem Zeitpunkt als ?selbstständiger Unternehmer" tätig zu sein. Er sei seit ca. einem Monat auf der Baustelle in N für die Firma G als Subunternehmer tätig, ein schriftlicher Vertrag oder eine Vereinbarung sei nicht gemacht worden, es gebe nur eine mündliche Vereinbarung mit dem Beschuldigten. Die Entlohnung hätte 1,50 Euro pro Quadratmeter bzw. Laufmeter betragen sollen. Er habe bisher 25 Fensterpaletten gemacht und Kantenschutz für Fenster, ebenso habe er Decken verspachtelt. Das Werkzeug werde von der Firma G zur Verfügung gestellt und fahre er täglich mit dem Firmenbus gemeinsam mit den Arbeitern der Firma G auf die

Baustelle. Er habe schon Anfang August für eine Woche für die Firma G in Wien, T-gasse in einer Wohnung gearbeitet. Seine tägliche Arbeitszeit betrage acht Stunden, seine Arbeit auf der Baustelle in N werde noch ca. zwei Monate dauern.

Den Gewerbeschein habe er auf Anraten seiner Anwältin Mag. Bi gelöst.

Bei den der Anzeige angeschlossenen Kopien von Bau-Tagesberichten finden sich auf der ersten Seite (beim Datum) jeweils Angaben zu den erbrachten Arbeitsleistungen (zum Teil auch mit Hinweisen, wer von den Arbeitern mit welchen Tätigkeiten befasst gewesen ist) und auf der zweiten Seite werden die auf der Baustelle am jeweiligen Tag tätigen Arbeitnehmer aufgelistet. Anzumerken ist, dass auf diesen Listen für Herrn F. der Name ?J" und für Herrn M. der Name ?Thomas" verwendet wurde (der Beschuldigte hat das in der Verhandlung auch so bestätigt). So lässt sich z.B. den Bautagesberichten vom 26.7.2004 bis 30.7.2004 ? bei den angeführten Arbeitsleistungen ? nicht entnehmen, dass die beiden Polen bzw. der jeweils angeführte Pole nicht gemeinsam mit den anderen Arbeitnehmern der Firma G die dort angeführten Arbeiten verrichtet hätten, sondern in einem örtlich abgegrenzten Bereich mit näher bestimmten Arbeiten befasst gewesen wären. Beim Tagesbericht vom 3.8.2004 heißt es etwa ?Thomas + Chris" hätten A 2+3 fertig gespachtelt grob und ?Thomas + Chris" hätten je ein Fenster Kantenschutz gemacht (auch auf den weiteren Bautagesberichten finden sich ähnliche Angaben).

Anzumerken ist, dass zum Zeitpunkt der Aufnahme der Niederschriften am 11.8.2004 Herr Philipp G (aber auch Herr D. und die beiden Polen) offenbar der Auffassung gewesen ist, ausländische Arbeitnehmer, die einen Gewerbeschein und eine Anmeldung zur Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft vorweisen und die sich als ?Subunternehmer" bezeichnen, könnten auf Baustellen (so wie andere Hilfsarbeiter) eingesetzt werden, bräuchten aber keine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung nach dem AusIBG (dass diese Auffassung unrichtig ist und Herrn Philipp G von seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit auch nicht entlasten kann, wird noch unten ausführlicher darzulegen sein). Auch ist zur Zeit der Aufnahme dieser Niederschriften gegen Herrn Philipp G (soweit dies dem Akt entnommen werden kann) noch kein Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung des AusIBG ? bei einem ähnlich gelagerten Einsatz solcher ausländischer Staatsbürger ? eingeleitet gewesen. Nach Ansicht der Berufungsbehörde haben bei dieser Gelegenheit Herr D., Herr F. und Herr M. wahrheitsgemäße Angaben dazu gemacht, wie die Tätigkeit der beiden Polen auf der gegenständlichen Baustelle abgelaufen ist (so etwa dass sie zusammen mit anderen Arbeitnehmern des Beschuldigten mit dem Firmenbus auf die Baustelle gefahren sind, dass sie mit Material und Werkzeug der Firma G gearbeitet haben, dass es keinen schriftlichen Vertrag gegeben hat, sondern nur mündlich eine Bezahlung nach Quadratmeter vereinbart war oder dass die beiden Polen die Arbeiten gemeinsam mit den Arbeitern der Firma G unter der Leitung des Vorarbeiters verrichtet haben etc.). In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass es durchaus der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass die Erstverantwortung, die noch in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem relevanten Ereignis (hier: der Kontrolle) steht, grundsätzlich glaubwürdiger ist, als ein diesbezüglich späteres Vorbringen; dies auch dann, wenn ersteres belastend, letzteres (zumindest nach Ansicht des Beschuldigten) hingegen entlastend sein sollte (vgl. z.B. das Erkenntnis des VwGH vom 24.1.1990, Zl. 89/02/0183 u.v.a.).

Zur Rechtfertigung aufgefordert, ist von Herrn Philipp G in seinem Schreiben vom 18.10.2004 zwar nicht in Abrede gestellt worden, dass die beiden Polen mit der Durchführung von Spachtelungsarbeiten beauftragt gewesen seien, er wies aber darauf hin, sich vergewissert zu haben, dass diese beiden einen Gewerbeschein haben und zur Sozialversicherung angemeldet seien und lägen deshalb keine Übertretungen des AusIBG vor. In den von Herrn Philipp G vorgelegten (in beiden Fällen gleichlautenden) Auftragsschreiben wird die Baustelle mit N, Hausgärten, Bauteil A und das Gewerk mit

Spachtelarbeiten beschrieben, es findet sich darin aber kein näherer Hinweis darauf, in welchen (allenfalls abgrenzbaren bzw. vorweg oder auch nur im Nachhinein nachzuvollziehenden) Bereichen diese die Spachtelarbeiten konkret hätten durchführen sollen. Es ist ein Ausführungszeitraum angeführt und ? bei beiden Polen ? die gleiche Anzahl von Quadratmeter, die an Wänden und Decken zu verspachteln seien bzw. die gleiche Anzahl an Kantenschutz, der zu setzen sei. Wie den (oben wörtlich wiedergegebenen) weiteren Vereinbarungen zu entnehmen ist, war die Weitergabe der Leistungen nicht zulässig. Die Auftragnehmer würden auch erst nach Anweisung des Auftraggebers mit den Arbeiten beginnen. Die Materialien würden vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt (mit Ausnahme des Handwerkzeuges). Der Auftragnehmer hafte für alle Folgeschäden (hierzu ist schon an dieser Stelle anzumerken, dass nicht recht verständlich ist, für welche Schäden die beiden Polen hätten haften sollen, wenn nicht einmal klar

abgegrenzt bzw. nachvollziehbar gewesen ist, in welchen Bereichen der Baustelle diese welche Tätigkeiten verrichten hätten sollen bzw. dann verrichtet haben). Die Anordnungen des örtlichen Bauleiters seien verbindlich (so Punkt 9. der weiteren Vereinbarungen). Der Beginn der Arbeiten, der genaue Arbeitsablauf und alle Zwischentermine seien mit dem Auftraggeber zu vereinbaren.

Auch wenn nun Herr G schon in seiner Rechtfertigung vom 18.10.2004 (und dann auch in der mündlichen Verhandlung, ebenso wie die beiden Polen und die Zeugin G) davon gesprochen hat, dass diese beiden schriftlichen Verträge schon vor dem Kontrolltag existierten, so vermag die Berufungsbehörde keinen (plausiblen) Grund zu erkennen, aus welchem die beiden Polen nicht sogleich bei ihrer Befragung auf der Baustelle auf das Vorhandensein (schriftlicher) Verträge hätten hinweisen sollen (wenn solche schriftlichen Verträge tatsächlich bereits zum Kontrollzeitpunkt existiert hätten). Nach Ansicht der Berufungsbehörde ist es bei der Heranziehung der beiden Polen ohnedies nur um deren Arbeitskraft (bei den angeführten Hilfstätigkeiten, wie z.B. dem Verspachteln) gegangen, und nicht um die Herstellung eines Werkes. Beim Werkvertrag kommt es auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag konkretisiert wurde. Der Werkvertrag begründet

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/ups/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

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