

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/11/20 2007/09/0288

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.11.2008

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §28 Abs1 Z1 lita idF 2004/I/128;

AuslBG §3 Abs1 idF 2002/I/126;

VStG §5 Abs1;

VStG §9 Abs1;

VStG §9 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kühnberg, über die Beschwerde des Dr. J J als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der "T" G GesmbH in W, vertreten durch Proksch & Partner, Rechtsanwälte OG in 1030 Wien, Am Heumarkt 9/I/11, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 10. Juli 2006, Zl. UVS- 07/A/40/5886/2005/43, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 10. Juli 2006 wurde der Beschwerdeführer als vom Gericht bestellter Masseverwalter der Konkursmasse nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der "T" GesmbH schuldig erkannt, dafür verantwortlich zu sein, dass diese Vermögensmasse als Arbeitgeber am 13. September 2004 im Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart eines Kaffeerestaurants in W, zwei namentlich genannte Ausländerinnen als Küchenhilfen beschäftigt habe, obwohl für diese Personen weder eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigebestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt

worden sei. Er habe dadurch die Vorschrift des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verletzt. Der Beschwerdeführer wurde wegen dieser Verwaltungsübertretungen zu zwei Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 1.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 3 Tage) bestraft.

Nach wörtlicher Wiedergabe der in der durchgeführten öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung gewonnenen Beweisergebnisse traf die belangte Behörde nachstehende Feststellungen (Schreibfehler im Original):

"Der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses beschriebene Sachverhalt wird als wahr festgestellt. Darüber hinaus wird als erwiesen angenommen: Am 13.9.2004 befand sich die 'T' Gastronomiebetriebs GesmbH bereits seit 5.6.2004 in Konkurs (Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 2.6.2004).

Handelsrechtlicher Geschäftsführer der 'T' GesmbH war am 13.9.2004 Herr G K, als Masseverwalter war Herr Dr. J J bestellt. Der Geschäftsbetrieb war zum Tattag aufrecht. Herr Dr. J führt seit vielen Jahren Insolvenzverfahren als Masseverwalter. Durchschnittlich werden von ihm 30 bis 40 solcher Verfahren zeitlich parallel geführt.

In der 'T' GesmbH war ab Konkurseröffnung Frau E M, die Mutter des handelsrechtlichen Geschäftsführers, für Verwaltung und Personal verantwortlich und als solche auch Dienstnehmerin der 'T' GesmbH. Herr K, obwohl einziger handelsrechtlicher Geschäftsführer, zog sich ab Konkurseröffnung mehr und mehr aus der Geschäftsleitung zurück und überließ insbesondere die personellen Agenden seiner Mutter. Diese war auch Ansprechpartnerin für Herr Dr. J. Frau M teilte Herr Dr. J mit, dass im Lokal eine Küchenhilfe benötigt würde, da eine Dienstnehmerin in Karenz gehe. Dr. J stimmte einer Neuaufnahme dem Grunde nach zu und übertrug die Requirierung Frau M. Außer dem Hinweis auf die Notwendigkeit von Arbeitspapieren erteilte Herr Dr. J keine weiteren Aufträge an Frau M. Insbesondere machte er keine Vorgaben hinsichtlich einer Probearbeit und behielt sich auch die Kontrolle der Arbeitspapiere vor Arbeitsaufnahme nicht ausdrücklich vor.

In der Zeit von Anfang Juni bis November 2004 war Herr Dr. J circa fünf bis maximal zehn mal im Lokal persönlich anwesend. Diesen Lokalbesuchen gingen jeweils Terminvereinbarung mit Frau M und Herrn K voran. Unangemeldete Kontrollen nahm Herr Dr. J weder persönlich vor, noch ließ er solche vornehmen.

Frau C arbeitete am 13.9.2004 im Lokal in W, probeweise und entgeltlich. Diese probeweise und entgeltliche Arbeitsaufnahme wurde mit Frau C durch Frau M im Beisein von Herrn K vereinbart. Vor Arbeitsaufnahme wurden die Arbeitspapiere von Frau C weder durch Frau M noch durch Herrn K eingesehen. Frau Q arbeitete im Lokal in W, zumindest drei Tage, wobei der 13.9.2004 der dritte Arbeitstag war. Mit Frau Q bzw mit deren Mann war diese Probezeit gegen Essen und Trinken mit dem Ziel späterer Arbeitsaufnahme abgesprochen. Schon vor Beginn der Probezeit war vereinbart, das Frau Q ab Dezember 2004 circa 30 Stunden im Monat gegen 5,-- Euro pro Stunde beschäftigt werden soll. Ein Freundschaftsdienst lag nicht vor.

Herr Dr. J wurde von diesen Probearbeitsverhältnissen nicht vor Arbeitsbeginn informiert. Die Bezahlung der Hilfskräfte hätte über die 'T' GesmbH bzw. die Konkursmasse erfolgen sollen. Für eine Entlohnung der beiden Frauen aus dem Privatvermögen der Frau M bzw. des Herrn K bestehen keine Anhaltspunkte.

Frau Q wurde in der Küche des Lokals 'Z' beim Ausräumen des Geschirrspülers angetroffen. Zu diesem Zeitpunkt war sie mit einem weißen T-Shirt, grauer Hose und Pantoffeln bekleidet. Frau C war im selben Zeitpunkt mit dem Befüllen eines Kübels mit Wasser befasst, um das in diesem Kübel befindliche Fleisch aufzutauen. Sie trug ein weißes T-Shirt, eine schwarze Hose und Hausschuhe. Ihre Privatkleidung bewahrten beide Frauen im ersten Stock auf."

Nach Darlegung ihrer beweiswürdigen Überlegungen und Darstellung der Rechtslage führte die belangte Behörde im Rahmen ihrer rechtlichen Beurteilung begründend aus, die beiden genannten Ausländerinnen seien von Kontrollorganen des Zollamtes Wien in dem von der "T" GesmbH betriebenen Restaurant mit typischem Küchenarbeitsgewand bekleidet in der Küche, welche im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sei, beim Ausräumen von Geschirr aus dem Geschirrspüler bzw. beim Befüllen eines mit Fleisch gefüllten Kübels mit Wasser angetroffen worden. Die Beschäftigung einer Küchenhilfskraft bestehe unter anderem im Ausräumen eines Geschirrspülers und in der Vornahme von Vorbereitungs-handlungen, wie zum Beispiel dem Auftauen und Säubern von Fleisch. Bei eben diesen Tätigkeiten seien die beiden Ausländerinnen in der Küche des Lokals der "T" GesmbH angetroffen worden.

Es liege eine Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis vor, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses bilde. Dass ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei, habe nicht glaubhaft gemacht

und nicht festgestellt werden können. Mit der im erstinstanzlichen Straferkenntnis erstgenannten Ausländerin (eine rumänische Staatsangehörige) sei eine typische Entgeltsvereinbarung getroffen worden, indem der Geschäftsführer der "T" GesmbH ausgesagt habe, dass mit dieser Frau ein Entgelt vereinbart worden sei, die Höhe wisse er nicht mehr, vielleicht drei bis fünf Euro die Stunde. Die im erstinstanzlichen Straferkenntnis zweitgenannte Ausländerin (einer jugoslawischen Staatsangehörigen) habe zumindest gegen Essen und Trinken, aber vor allem in Hinblick auf die Hoffnung einer zukünftigen dauerhaften Anstellung gearbeitet. Von einer unentgeltlichen Beschäftigung könne diesfalls nicht die Rede sein. Die behauptete Gefälligkeit liege nicht vor, da die Beschäftigung zum einen in einem Gewerbebetrieb ausgeübt worden sei und zum anderen eine persönliche Beziehung zwischen dem Unternehmen (bzw. der Konkursmasse) und der Beschäftigten, aber auch zwischen der Beschäftigten und der handelnden Person (der Mutter des Geschäftsführers) nicht bestanden habe. Die Ausführung in der Berufung, wonach mangels Zustimmung des Masseverwalters kein zivilrechtlicher Vertrag zwischen den beiden Ausländerinnen auf der einen Seite und der Konkursmasse auf der anderen hätte entstehen können, gehe hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ins Leere, da es für ein Beschäftigungsverhältnis nach § 2 Abs. 2 dieses Gesetzes keines Arbeitsvertrages bedürfe. Die geltend gemachte zivilrechtliche Unwirksamkeit der etwaigen Arbeitsverträge auf Grund des § 3 KO ändere daher nichts am Zustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses. Diesbezüglich werde darauf verwiesen, dass auch Probearbeitsverhältnisse, soweit sie über das bloße Vorführen bestimmter Kenntnisse und Fähigkeiten hinausgingen, den Bestimmungen des AuslBG unterlägen. Eine Gesamtbetrachtung dieser Umstände bewirke, dass kein Zweifel bestehen bleibe, dass die beiden Ausländerinnen als Küchengehilfinnen beschäftigt worden seien. Damit sei der objektive Tatbestand der im erstinstanzlichen Straferkenntnis beschriebenen Verwaltungsübertretungen objektiv verwirklicht.

Ferner sei die Frage zu beantworten gewesen, wer diese Verwaltungsübertretungen zu verantworten habe. § 9 VStG sehe hierfür besondere Fälle spezieller Verantwortlichkeit vor. Nach Abs. 1 leg. cit. sei für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechtes oder eingetragenen Erwerbsgesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmten, und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt seien, verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen sei. Darunter seien nur die durch die Verfassung der juristischen Person (Gesetz, Satzung, Gesellschaftsvertrag) zur Vertretung berufenen Organe gemeint. Da das gegenständliche Lokal von einer GesmbH betrieben worden sei, träfe den handelsrechtlichen Geschäftsführer die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung. Ab Konkurseröffnung erfolge aber ein Übergang der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG vom handelsrechtlichen Geschäftsführer der GmbH auf den Masseverwalter. Dieser sei zwar nicht schlechthin gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, soweit die Befugnisse desselben jedoch beschränkt seien, erhalte die Konkursmasse ein ex lege vertretungsberechtigtes und -verpflichtetes Organ in der Person des Masseverwalters, der kraft seiner Bestellung alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nicht vornehmen könne, mit Wirkung für die Masse und für die Konkursgläubiger vorzunehmen habe. Dies gelte auch im Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes. Zum Tatzeitpunkt sei der Beschwerdeführer unzweifelhaft als Masseverwalter im Konkurs der "T" GesmbH eingesetzt und als solcher tätig gewesen. Es treffe also im vorliegenden Fall grundsätzlich den Masseverwalter und nicht den handelsrechtlichen Geschäftsführer die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung. Die Begründung, Aufrechterhaltung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen von Dienstnehmern einer in Konkurs befindlichen GesmbH falle in jenen Bereich, in dem der Vertreter des Gemeinschuldners in seinen Befugnissen beschränkt sei und in dem die Konkursmasse ein ex lege vertretungsberechtigtes und -verpflichtetes Organ in der Person des Masseverwalters habe, der kraft seiner Bestellung aller Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nicht vornehmen könne, mit Wirkung für die Masse und für die Konkursgläubiger vorzunehmen habe. Da die vorliegenden Beschäftigungen für die Masse erfolgt seien (Abweichendes habe nicht festgestellt werden können), bestehe auch die verwaltungsstrafrechtliche Zurechenbarkeit zur Masse und damit zum Masseverwalter. Damit träfen den Beschwerdeführer als Masseverwalter im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG die Pflichten des Vertreters des Gemeinschuldners als Arbeitgeber jener Bediensteten, die von der Konkursmasse beschäftigt würden.

Bei der Beurteilung der subjektiven Tatseite verwies die belangte Behörde darauf, dass die Übertretungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG Ungehorsamsdelikte im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG seien, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretungen der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehöre. Solange der Beschuldigte nicht glaubhaft mache, dass ihn kein Verschulden treffe, dürfe die Behörde annehmen, dass der Verstoß bei gehöriger

Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Die Rechtsordnung berücksichtige die Interessen der Wirtschaft an einer Arbeitsteilung und einer damit verbundenen Delegation der Verantwortung an Beschäftigte und lasse die Verantwortung des zur Vertretung nach außen berufenen Masseverwalters unbeschadet einer betriebsinternen Struktur nur dann bestehen, wenn nicht gemäß § 9 Abs. 2 VStG eine andere Person als verantwortliche Beauftragte bestellt worden sei. Dass eine Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten auch durch den Masseverwalter möglich sei, entspreche Judikatur und Lehre. Da eine solche Bestellung durch den Beschwerdeführer nicht vorgenommen worden sei, bleibe er als Masseverwalter auch für Handlungen und Unterlassungen der Angestellten und des handelsrechtlichen Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin bzw. der Konkursmasse verantwortlich. Ihm sei zwar im Hinblick auf die im Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung zuzubilligen, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene Tätigkeit in diesen Belangen auf jene möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu beschränken, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grunde erwarten ließen, dabei treffe ihn jedoch die Obliegenheit, durch die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems sicherzustellen, dass seinen Anordnungen entsprochen werde, wobei er der Behörde bei einem Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften dieses Systems im Einzelnen darzulegen habe. Davon, dass der Verantwortliche das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft gemacht hätte, könne dann nur gesprochen werden, wenn konkret dargelegt werde, in welcher Weise im Unternehmen sichergestellt werde, dass Verletzungen der in Rede stehenden Vorschriften vermieden bzw. Verstöße wahrgenommen und abgestellt würden. Insbesondere sei darzulegen, auf welche Weise der Verantwortliche seiner Verpflichtung zur Überwachung der von ihm beauftragten Personen nachgekommen sei und wieso er dessen ungeachtet die in Rede stehende Übertretung nicht habe verhindern können. Der bloße Hinweis auf die Betrauung Dritter mit Kontrollaufgaben, die Erteilung entsprechender Weisungen und stichprobenartige Überprüfungen genüge den dargelegten Anforderungen nicht.

Im konkreten Fall sei zu berücksichtigen gewesen, dass der Beschwerdeführer als Masseverwalter tätig geworden sei und daher aus den Tathandlungen keinen persönlichen Vorteil habe erzielen können. Daher dürfe bei einem Masseverwalter der anzuwendende Maßstab der Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden. Vielmehr sei einem Masseverwalter zuzugestehen, dass er im Rahmen der Fortführung eines Unternehmens nicht in der Lage sei, ständig im Betrieb anwesend zu sein und die dortigen Vorgänge unmittelbar zu beobachten. Andererseits sei der Masseverwalter im vorliegenden Fall Rechtsanwalt und habe für die in seinem Berufsstand gewöhnlich vorauszusetzenden Kenntnisse und Fähigkeiten einzustehen. Im konkreten Fall sei dem Beschwerdeführer der Wunsch des Geschäftsführers bzw. der internen Personalverantwortlichen der Gemeinschuldnerin bewusst gewesen, neues Personal, konkret zumindest eine Küchenhilfskraft, einstellen zu wollen. Er habe dabei aber lediglich den Auftrag erteilt, dass ihm die notwendigen Arbeitspapiere vor Abschluss des Dienstvertrages vorzulegen seien. Nähere Aufträge wie etwa dem Vorbehalt, die Interessenten persönlich vor Arbeitsaufnahme kennenzulernen oder den Ausspruch eines Verbotes der Arbeitsaufnahme vor Überprüfung der Zulässigkeit durch den Masseverwalter habe er nicht erteilt. Gerade in Branchen, in denen erfahrungsgemäß eher Probleme mit der Ausländerbeschäftigung bestünden, müsse der Masseverwalter die Entscheidungen selbst treffen, welche Dienstnehmer beschäftigt würden. Auf Grund der langjährigen Praxis des Beschwerdeführers als Masseverwalter auch in der Gastronomie müsse er von der Anfälligkeit dieser Branche für die illegale Beschäftigung von Ausländern gewusst haben. Zudem seien ihm konkrete Bemühungen um Personalsuche bekannt gewesen. In dieser gefahrgeneigten Situation hätte er ein Kontrollsystem aufbauen und entweder er selbst oder andere Personen in seinem Auftrag regelmäßig und zielgerichtete Kontrollen vornehmen müssen. Das Bestehen eines Kontrollsystems sei aber nicht einmal behauptet worden. Die fünf bis zehn persönlichen Besuche des Beschwerdeführers im Lokal nach konkreter Terminvereinbarung seien auch nicht geeignet, als taugliche Kontrolle gewertet zu werden. Es widerspreche auch insbesondere den Bestimmungen des § 81 Abs. 4 erster Satz KO keineswegs, dass der Beschwerdeführer beispielsweise auch Angestellte, wie Kanzleibedienstete, kontrollierend im Sinne einer Beobachtung in die Betriebsräume der Gemeinschuldnerin hätte senden können. Zumindest sei ihm eine Einlassungsfahrlässigkeit vorzuwerfen, da er nach seinen eigenen Angaben im Schnitt 30 bis 40 Insolvenzverfahren zeitlich parallel führe, und selbst bei vollem persönlichen Einsatz und größter persönlicher Erfahrung es nicht möglich sei 30 bis 40 Unternehmen zeitgleich umfassend zu führen und zu beaufsichtigen.

Im Übrigen legte die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid richtete sich die zunächst an den Verfassungsgerichtshof gerichtete, von diesem nach Ablehnung ihrer Behandlung mit Beschluss vom 27. November 2006, B 1637/06-4, abgetretene und über Auftrag des

Verwaltungsgerichtshofes ergänzte Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2004, 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 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 zu 25 000 Euro.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG, in der Fassung BGBl. I Nr. 126/2002, 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 einen Niederlassungsnachweis besitzt.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne Weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts oder eingetragene Erwerbsgesellschaften strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die belangte Behörde habe den an einen Masseverwalter zu legenden Sorgfaltsmaßstab bei weitem überspannt, zumal er keine Veranlassung gehabt habe, einen verantwortlichen Beauftragten im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG zu bestellen, weil er nicht davon ausgehen könne, dass entgegen den Bestimmungen der Konkursordnung und ohne sein Wissen Beschäftigungsverhältnisse hinter seinem Rücken eingegangen würden. Die belangte Behörde mache dem Beschwerdeführer als Masseverwalter auch zum Vorwurf, kein entsprechendes Kontrollsystem aufgebaut zu haben. Dabei lasse sie offen, wie denn ein gesetzeskonformes Kontrollsystem ausgestaltet sein könne, zumal eine tägliche Anwesenheit in einem gemeinschuldnerischen Unternehmen wohl nicht ernsthaft verlangt werden könne. Wolle vom Masseverwalter verlangt werden, anlässlich von Kontrollgängen jeden einzelnen Dienstnehmer persönlich zu kennen oder zumindest regelmäßige Ausweiskontrollen durchzuführen, hieße dies jedenfalls auch die Sorgfaltpflicht weit überspannen, zumal ja ein Masseverwalter nicht lediglich einen Gemeinschuldner zu betreuen habe, sondern zahlreiche. Ein Masseverwalter sei eben nicht einem normalen Arbeitgeber und/oder Unternehmensleiter gleichzusetzen, er habe vor allem seine in der Konkursordnung näher umschriebenen Aufgaben zu erfüllen, dabei könne er de facto Verwaltungsübertretungen im

gemeinschuldnerischen Unternehmen nie zur Gänze ausschließen, seine Möglichkeiten blieben auf Weisungen und gelegentliche Kontrollen vor Ort beschränkt. Die Unterlassung, einen verantwortlichen Beauftragten im Sinn des § 9 Abs. 2 VStG zu bestellen, rechtfertigt keinesfalls eine Strafe in der ausgesprochenen Höhe. Unschlüssig sei auch, wieso der Masseverwalter allein auf Grund der Tatsache, dass er gewusst habe, dass eine neue Küchenhilfskraft eingestellt werden solle, darauf hätte schließen müssen, dass ein illegales Beschäftigungsverhältnis hinter seinem Rücken eingegangen werden würde. Der Hinweis auf die Notwendigkeit von Arbeitspapieren enthalte ja für jedermann klar verständlich die gleichzeitige Weisung, kein Beschäftigungsverhältnis einzugehen, wenn die Arbeitspapiere nicht in Ordnung seien. Auch der Hinweis der belangten Behörde auf die angebliche Anfälligkeit des Gastgewerbes für illegale Beschäftigungen gehe fehl, sie bleibe auch jeglichen Hinweis darauf schuldig, wie sie zu dieser Annahme komme. In Österreich gebe es zahlreiche andere Branchen, die ebenso anfällig seien. Verfehlt sei auch die Argumentation der belangten Behörde, den Beschwerdeführer treffe eine Einlassungsfahrlässigkeit. Die Führung von 30 bis 40 Insolvenzverfahren gleichzeitig entspreche dem Arbeitsaufwand eines durchschnittlichen Masseverwalters, sei daher möglich und auch branchenüblich. Es sei jedenfalls nicht Aufgabe der belangten Behörde, dem Beschwerdeführer vorzuschreiben, wie viele Insolvenzverfahren er zu führen berechtigt sei. Auch sei unrichtig, dass es sich bei dem vorliegenden Delikt um ein Ungehorsamsdelikt handle, zumal die belangte Behörde selbst damit argumentiere, dass die illegale Beschäftigung von Ausländern zu schweren volkswirtschaftlichen Schäden und zusätzlich zu einer Wettbewerbsverzerrung führe. Insgesamt könne an die Sorgfalt eines Masseverwalters nicht der selbe Maßstab angelegt werden, wie an den eines Unternehmers außerhalb eines Konkursverfahrens.

Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes wird mit diesen Ausführungen nicht mehr in Abrede gestellt, bekämpft wird jedoch erkennbar das Vorliegen eines Verschuldens. Mit den oben wiedergegebenen Beschwerdeausführungen wird aber eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auch im Hinblick auf das den Beschwerdeführer treffende Verschulden nicht aufgezeigt. Insbesondere verkennt der Beschwerdeführer den Inhalt des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG, wonach Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne Weiteres anzunehmen ist, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dass die Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG ein derartiges Ungehorsamsdelikt ist, ist ständige Judikatur (vgl. etwa die in Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II2 (2000), Seite 81 f, E 138 wiedergegebene hg. Rechtsprechung, sowie das hg. Erkenntnis vom 3. April 2008, Zl. 2007/09/0300, mwN). Argumentiert der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang mit dem in der Begründung des angefochtenen Bescheides enthaltenen Hinweis auf die durch die illegale Ausländerbeschäftigung drohenden volkswirtschaftlichen Schäden und Wettbewerbsverzerrung, so ist dem entgegen zu halten, dass diese nicht "zum Tatbestand" der Verwaltungsübertretung gehören, weshalb sie nicht dagegen sprechen, dass Übertretungen des § 28 Abs. 1 Z. 1 AuslBG zu den Ungehorsamsdelikten gehören.

Ausgehend von der unbestritten festgestellten Verwirklichung des objektiven Tatbildes des § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG hätte daher der Beschwerdeführer zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung Umstände, die sein mangelndes Verschulden darzutun geeignet wären, etwa das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems, darzutun und nachzuweisen gehabt. Die bloße Erteilung von Weisungen allein reicht zur Entlastung des Beschuldigten nicht aus, die Einhaltung der Bestimmung des AuslBG sicherzustellen. Entscheidend ist vielmehr, ob eine wirksame Kontrolle über die Einhaltung der von ihm erteilten Weisungen tatsächlich erfolgt ist (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0142, und vom 25. Februar 2005, Zl. 2003/09/0158, und die dort jeweils wiedergegebene Judikatur). Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer lediglich Masseverwalter in einem Konkurs über das Vermögen der das gegenständliche Lokal betreibenden Gesellschaft war, reicht zu seiner Entlastung - wie die belangte Behörde bereits zutreffend ausgeführt hat - nicht aus, zumal er in dieser Eigenschaft wie ein handelsrechtlicher Geschäftsführer haftet. Dem Beschwerdeführer ist zwar zuzugestehen, dass er als Masseverwalter im Rahmen der Fortführung eines Unternehmens nicht in der Lage ist, ständig in einem von einer Konkursmasse betriebenen Lokal anwesend zu sein und die dortigen Vorgänge unmittelbar zu beobachten, doch ist es für den Fall, dass Aufgaben, die in den eigenen Verantwortungsbereich fallen, an dritte Personen delegiert werden, geboten, entsprechende deutliche Weisungen zu erteilen, die sicherstellen, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden, und zusätzliche Maßnahmen zu treffen, die geeignet erscheinen, die Einhaltung dieser Anordnungen - auch in seiner Abwesenheit - zu gewährleisten (Kontrollsystem). Die bloße Genehmigung einer Personalsuche mit dem Hinweis, sich den Abschluss des Arbeitsvertrages bei Vorliegen der erforderlichen Bewilligungen vorzubehalten, reicht

zur Entlastung des Beschwerdeführers nicht aus. Entscheidend war vielmehr auch in diesem Fall, dass im konkreten Fall eine wirksame Kontrolle über die Einhaltung der von ihm lediglich in Form eines Hinweises auf die Erforderlichkeit von arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen geäußerten Weisung tatsächlich nicht erfolgt ist (vgl. dazu das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2005, Zl. 2003/09/0158). Wie allerdings unbekämpft festgestellt wurde, hat der Beschwerdeführer keinerlei Kontrolltätigkeiten entfaltet und diese nicht auch nur ansatzweise behauptet, weshalb es dahin gestellt bleiben kann, wie im konkreten Fall ein funktionierendes Kontrollsystem auszusehen gehabt hätte und ob es zutrifft, dass in der Gastgewerbe-Branche - wie auch in anderen Gewerben - illegale Ausländerbeschäftigung öfter zu beobachten sei. Trotzdem zeigte bereits die belangte Behörde Wege auf, die - ohne die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit zu überspannen - auch für einen berufsmäßigen Masseverwalter mit der von ihm angegebenen durchschnittlichen Anzahl an Konkursen gangbar gewesen wären, etwa die Bestellung eines (etwa bereits zum Betrieb gehörenden) verantwortlichen Beauftragten im Sinne des § 9 Abs. 2 VStG. Zu Recht weist in diesem Zusammenhang die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift darauf hin, dass es jedenfalls nicht vertretbar erscheint, dass sich ein Masseverwalter seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit allein mit der Begründung entziehen könnte, dass er bei einer geringeren Anzahl von gleichzeitig betreuten Insolvenzverfahren einen wirtschaftlichen Nachteil erleide. Rein ökonomische Umstände rechtfertigen bzw. entschuldigen jedenfalls nicht die Verletzung gesetzlicher Vorgaben.

Im Übrigen begegnet die - konkret nicht bekämpfte - Strafbemessung der belangten Behörde keinen Bedenken, zumal die gesetzliche Mindeststrafe verhängt wurde.

Aus diesen Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. November 2008

#### **Schlagworte**

Verantwortung für Handeln anderer Personen Besondere Rechtsgebiete Arbeitsrecht Arbeiterschutz

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VwGH:2008:2007090288.X00

#### **Im RIS seit**

18.12.2008

#### **Zuletzt aktualisiert am**

08.01.2013

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

© 2024 JUSLINE

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

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