

TE Vwgh Erkenntnis 2004/9/15 2003/09/0004

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.09.2004

Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §28 Abs6 Z2 idF 1997/I/078;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des M in W, vertreten durch Dr. Martin Wandl und Dr. Wolfgang Krempel, Rechtsanwälte in 3100 St. Pölten, Kremser Gasse 19, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 14. Oktober 2002, Zl. Senat-PL-01-0110, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien:

Bundesminister für Finanzen, Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben..

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 14. Oktober 2002 wurde der Beschwerdeführer - unter Bedachtnahme auf die aus dem erstinstanzlichen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft St. Pölten vom 4. Mai 2001 übernommenen Spruchteile - für schuldig befunden, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der M GesmbH mit dem Sitz in W zu verantworten, dass die von dieser Gesellschaft - im Rahmen ihrer Tätigkeit als Generalunternehmer - mit der Durchführung von Trockenbau-Montearbeiten bei einem näher bezeichneten Bauvorhaben beauftragte D. GmbH in der Zeit vom 27. Oktober 1999 bis 2. November 1999 einen namentlich näher bezeichneten polnischen Staatsangehörigen beschäftigt habe, obwohl dieser Gesellschaft für diesen Ausländer weder eine arbeitsmarktbehördliche Genehmigung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine EU-Entsendebestätigung oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt worden sei, noch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besessen habe. Die M GesmbH habe als Auftraggeber (Generalunternehmer) die ihr zumutbare regelmäßige Beaufsichtigung des Auftragnehmers (D. GmbH) während der Auftragserfüllung unterlassen, indem sie sich nicht von der rechtmäßigen Beschäftigung des angetroffenen Ausländers überzeugt habe.

Wegen dieser als Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 6 und § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG qualifizierten Tat wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in Höhe von EUR 798,40 (Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage) verhängt. Begründend führte die belangte Behörde aus, unbestritten sei, dass der Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer der M GesmbH für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch diese Gesellschaft verantwortlich sei. Unbestritten sei weiters, dass sich die M GesmbH für die Durchführung der Arbeiten auf der gegenständlichen Baustelle der D. GmbH als Subunternehmer bedient habe. Es stehe fest, dass die D. GmbH bei der Durchführung des Subauftrages den im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Ausländer ohne die erforderlichen arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen in der Zeit vom 27. Oktober 1999 bis 2. November 1999 auf der gegenständlichen Baustelle beschäftigt habe.

Wesentlich sei in dem gegenständlichen Verfahren, ob das vom Beschuldigten vertretene Unternehmen M GesmbH als Generalunternehmer der im § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG normierten Pflicht zur zumutbaren und regelmäßigen Beaufsichtigung des Subunternehmers D. GmbH hinsichtlich der illegalen Beschäftigung von Ausländern auf der gegenständlichen Baustelle nachgekommen sei. Der Generalunternehmer habe diesbezüglich ein der Lage des Falles entsprechendes Kontrollsystem vorzusehen, wobei das zur Vertretung nach außen befugte Organ bei Wahrnehmung der gesetzlichen Beaufsichtigungspflicht gegenüber dem Subunternehmer nicht selbst auf der Baustelle tätig werden müsse, sondern sich im Rahmen eines Kontrollsystems einer von ihm beauftragten Vertrauensperson (z.B. Bauleiter, Polier) bedienen könne. Die im Kontrollsystem vorgesehene Beaufsichtigung des Subunternehmers müsse aber grundsätzlich geeignet sein, Verstöße gegen das AuslBG durch den Subunternehmer zu verhindern und auch eine entsprechende Überwachung allfälliger Vertrauenspersonen hinsichtlich der ihnen vom Generalunternehmer übertragenen Aufgaben beinhalten.

Auf Grund des Ergebnisses des Berufungsverfahrens sei erwiesen, dass die M GesmbH auf der gegenständlichen Baustelle durch den zur Tatzeit anwesenden Polier vertreten gewesen sei, welcher bei einem entsprechenden Auftrag durch die Unternehmensleitung sogar täglich die vom Subauftragnehmer beschäftigten ausländischen Arbeitskräfte in Bezug auf das Vorhandensein von arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen nach dem AuslBG hätte kontrollieren können. Es verstehe sich von selbst, dass eine solche Kontrolle (durch einen Bauleiter oder Polier) nicht nur die Vorlage von arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen für die durch den Subunternehmer beschäftigten Ausländer, sondern auch eine Identitätsfeststellung dahingehend zu umfassen habe, ob es sich bei dem jeweiligen Ausländer auch tatsächlich um die in der vorgelegten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung genannte Person handle. Auf jedem Befreiungsschein befinde sich fettgedruckt der Hinweis, dass dieser zusammen mit einem amtlichen Lichtbildausweis auf der Arbeitsstelle oder in der Betriebsstätte (im Original) zur Einsicht bereitzuhalten sei, weshalb dies bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt jedem Arbeitgeber und Generalunternehmer bekannt sein müsse. Dass der im Tatzeitraum auf der Baustelle anwesende Polier vom Generalunternehmer M GesmbH bzw. vom Beschwerdeführer als handelsrechtlicher Geschäftsführer nicht mit einer solchen zumutbaren täglichen Kontrolle allfälliger vom Subunternehmer auf der gegenständlichen Baustelle beschäftigten Ausländer beauftragt gewesen sei und von diesem Polier auch keine Kontrollaufgaben im Sinne der § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG wahrgenommen worden seien, sei durch das Berufungsverfahren erwiesen. Auch hätte bei einer ordnungsgemäßen Kontrolle der Identität des gegenständlichen Ausländers durch den Generalunternehmer durch Vorlage eines Lichtbildausweises auffallen müssen, dass der für den Ausländer dem Arbeitsinspektorat letztlich vorgelegte Befreiungsschein (der kein Lichtbild aufweise) tatsächlich auf eine andere Person ausgestellt worden sei. Die bloße Anforderung von arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen vom Subunternehmer durch den Generalunternehmer im Voraus entspreche nicht den Erfordernissen des § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG, weil dadurch nicht festgestellt werden könne, ob vom Subauftragnehmer letztlich andere Ausländer, für die keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen vorlägen, auf die Baustelle entsendet werden würden. Eine dem § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG entsprechende Kontrolle durch den Generalunternehmer (im vorliegenden Fall M GesmbH) hätte entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht nur eine Kontrolle des Subunternehmers durch die Vorlage von arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen für die Ausländer, sondern auch die eingangs erwähnte Kontrolle der eingesetzten Ausländer des Subauftragnehmers auf der Baustelle umfassen müssen.

Die Tatsache, dass der für die gegenständliche Baustelle zuständige Bauleiter der M GmbH, der daneben noch andere Baustellen zu betreuen gehabt habe und der auf der gegenständlichen Baustelle daher nicht ständig anwesend gewesen sei, vom Beschwerdeführer den Auftrag gehabt habe, die vom Subunternehmer beschäftigten Ausländer zu kontrollieren, könne im Sinne der Bestimmungen des § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG und auch im Hinblick auf die ständige

Anwesenheit des Poliers nicht als ausreichend angesehen werden, weil im gegenständlichen Fall eine regelmäßige tägliche Kontrolle der durch die D. GmbH auf der Baustelle beschäftigten Ausländer durch den zur Tatzeit anwesenden Polier nicht nur möglich, sondern auch zumutbar gewesen wäre. Nach den Angaben des Beschwerdeführers bei der öffentlichen Verhandlung habe der Bauleiter der M GmbH die ihm übertragenen Baustellen im Regelfall einmal pro Woche kontrolliert, weshalb von einer regelmäßigen Kontrolltätigkeit keine Rede sein könne. Abgesehen davon habe der Bauleiter am Tag der Kontrolle bis zur Beanstandung durch das Arbeitsinspektorat am Nachmittag unbestritten selbst keine Kontrolle der Ausländer des Subunternehmers durchgeführt, obwohl er ab ca. 09.00 Uhr auf der gegenständlichen Baustelle anwesend gewesen sei. Die am selben Tag abgehaltene Baubesprechung hätte ihn nicht gehindert, zeitgerecht vor Beginn der Baubesprechung die Kontrolle der Ausländer der D. GmbH vorzunehmen. Auf einen plausiblen Hinderungsgrund habe er jedenfalls nicht verweisen können. Auch habe der Beschwerdeführer nicht dargelegt, inwieweit er selbst den Bauleiter betreffend die Wahrnehmung der ihm übertragenen Kontrollaufgaben überprüft habe.

Das Vorbringen in der Berufung, wonach im gegenständlichen Fall selbst durch eine allfällige gesetzeskonforme Kontrolltätigkeit die illegale Beschäftigung von Ausländern durch die D. GmbH nicht hätte verhindert werden können, weil sich u. a. einer der angetroffenen Ausländer durch einen gefälschten Personalausweis gegenüber dem Arbeitsinspektorat ausgewiesen habe, gehe schon deshalb ins Leere, weil der Beschwerdeführer weder auf eine eigene Kontrolltätigkeit noch eine solche des Bauleiters oder des Poliers habe verweisen können. Entscheidungswesentlich sei lediglich, ob eine den Kriterien des § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG entsprechende Kontrolle durch den Generalunternehmer vorhanden gewesen sei. Ob die illegale Beschäftigung von Ausländern durch den Subunternehmer durch eine den Kriterien des § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG entsprechende Kontrolle des Generalunternehmers auf Grund besonderer Begleitumstände (z.B. Benützung gefälschter arbeitsmarktrechtlicher Bewilligungen oder Lichtbildausweise) nicht hätte verhindert werden können, sei unerheblich, weil im gegenständlichen Fall keine Kontrolltätigkeit durch den Generalunternehmer auf der Baustelle nachweisbar sei.

Weiters sei zum Berufungsvorbringen darauf hinzuweisen, dass aus der gesetzlichen Regelung des § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG keine Ausnahme dahingehend abgeleitet werden könne, dass die vorgeschriebene Beaufsichtigung des Subunternehmers durch den Generalunternehmer entfallen könne oder nur in einem eingeschränkten Umfang erforderlich sei, wenn es sich um einen vertrauenswürdigen Subunternehmer handle, mit dem es bisher keine Probleme hinsichtlich der Einhaltung des AuslBG gegeben habe.

Soweit in der Berufung darauf hingewiesen werde, dass der Generalunternehmer kein durchsetzbares Recht zur "Perlustrierung" der vom Subunternehmer entsandten Ausländer besitze, sei zu bemerken, dass sich im Fall der Verweigerung der Vorlage der arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen und Lichtbildausweise durch die Ausländer ein an und für sich tauglicher und nachweislicher Kontrollversuch des Generalunternehmers bzw. des von ihm Beauftragten als ausreichend erweise, wenn gleichzeitig entsprechende Maßnahmen gegen den Subunternehmer, die vom Auftrag an den Subunternehmer zur Entfernung des Ausländers von der Baustelle bis zum Entzug des Subauftrages wegen Vertragsverletzung reichen könnten, gesetzt worden seien.

Da im gegenständlichen Fall kein den Anforderungen des § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG entsprechendes taugliches Kontrollsystem zur regelmäßigen und zumutbaren Beaufsichtigung des Subunternehmers vorhanden gewesen sei, sei der äußere Tatbestand der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Übertretung als erfüllt anzusehen.

Die Verwaltungsübertretung sei dem Beschwerdeführer auch in subjektiver Hinsicht unter Berücksichtigung des § 5 Abs. 1 VStG anzulasten, wobei davon auszugehen sei, dass er diese aus Unachtsamkeit und mangelnder Sorgfalt, sohin fahrlässig begangen habe.

Im Übrigen lege die belangte Behörde ihre Strafbemessungsgründe dar.

Gegen diesen Bescheid erhob die beschwerdeführende Partei zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Dieser lehnte mit Beschluss vom 11. Dezember 2002, B 1733/02-3, ihre Behandlung ab und trat sie gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

In der im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof auftragsgemäß ergänzten Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 28 Abs. 6 (in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl. I Nr. 78/1997) lautet:

"Gemäß Abs. 1 Z 1 ist neben dem Beschäftigter (Auftragnehmer) auch sein Auftraggeber (Generalunternehmer) zu bestrafen, sofern der Auftrag im Rahmen der Tätigkeit des Auftraggebers als Unternehmer erfolgt und der Auftraggeber (Generalunternehmer)

1. im Vertrag mit seinem Auftragnehmer die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nicht zwingend vereinbart hat, oder
2. die ihm zumutbare regelmäßige Beaufsichtigung des Auftragnehmers während der Auftragserfüllung unterlassen hat, oder
3. die Verletzung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes durch den Auftragnehmer bei der Vertragserfüllung wissentlich geduldet hat."

Der Beschwerdeführer bringt unter verschiedenen Gesichtspunkten im Wesentlichen vor, die von ihm vertretene Gesellschaft habe durchaus für eine zumutbare Kontrolle gesorgt. Auch dürfe die - zwischenzeitig verfassungsgerichtlich aufgehobenen - Bestimmungen des AuslBG, abgesehen von ihrer verfassungsmäßigen Bedenklichkeit, nicht auch noch überspannt angewendet werden. Die Berufungsbehörde stelle in ihrer Begründung nicht auf eine im normalen Wirtschaftsleben zumutbare Kontrolle ab, sondern auf die organisationstechnisch bestmögliche Kontrolle. Hierbei übersehe sie aber den Umstand, dass es sich bei der M Gesellschaft nicht um eine Kontrollbehörde, sondern um eine Baufirma handle, deren vorrangige Aufgabe es sei, Bautätigkeit zu verrichten und nicht Kontrollfunktionen auszuüben. Bei dem gegenständlichem Bauvorhaben sei ein Bauleiter, also die vor Ort verfügbare Person mit der höchsten Qualifikation, eingesetzt worden. Dass dieser nicht rund um die Uhr anwesend sein könne, ergebe sich aus der Natur der Sache, zumal er mehrere Baustellen zu betreuen gehabt habe. Die bloße Anwesenheit weiterer Arbeiter vermöge keinen Mangel in der Kontrollorganisation darzustellen, da es einfach unzumutbar sei, von drei insgesamt an der Baustelle tätigen Mitarbeitern zwei oder vielleicht drei mit der Kontrolle zu belasten. Diese hätten ihre eigene Arbeit zu erledigen, es sei wirtschaftlich sinnvoll nicht möglich, daneben noch andere Firmen zu überwachen. Es dürfe auch nicht übersehen werden, dass eine lückenlose Kontrolle ohnehin nicht möglich gewesen wäre, da von Rechtsbrechern entsprechende Kontrollsysteme regelmäßig umgangen würden. Es werde wohl ausreichend sein, wenn er als Vertreter des Generalunternehmers einen zuverlässigen Bauleiter beauftrage, für eine entsprechende Beaufsichtigung zu sorgen. Dass er seinem Bauleiter jeden Handgriff vorzugeben habe, wäre praxisfremd und überzogen. Selbst wenn dem Bauleiter in der Detailabwicklung oder Organisation ein Versehen unterlaufen wäre, sei dieses dem Beschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich nicht anzulasten. Es seien an den Generalunternehmer geringere Anforderungen sowohl was den Umfang als auch was die Genauigkeit der Kontrollen betreffe zu stellen, zumal das AuslBG keine genauen Verhaltensnormen aufstelle. Selbst wenn man dem betroffenen Generalunternehmer genaue Gesetzeskenntnis zubilligen würde, habe er damit auch noch keinen genauen Verhaltensmaßstab gewonnen. Im Übrigen habe das Kontrollsystem der Firma M das Erfordernis der grundsätzlichen Eignung jedenfalls erfüllt, gehe doch nicht einmal die belangte Behörde selbst davon aus, dass das Kontrollsystem absolut lückenlos funktionieren müsse, was letztendlich auch kaum möglich wäre, selbst wenn man die Zumutbarkeitsgrenze weit überschritte. Bei der Auslegung des nicht näher spezifizierten Gesetzeswortlautes werde die regelmäßige zumutbare Beaufsichtigung so zu sehen sein, dass sie dem Generalunternehmer zumutbar sei und auch Sinn mache. Eine nicht sinnvolle Kontrolle wäre alleine schon aus dem Grund nicht mehr zumutbar, weil sie in eine Beschäftigungstherapie für Bauleiter ausarten würde. Wenn ein Bauleiter seine Baustellen den technischen Gegebenheiten entsprechend besuche, selbst wenn dies nicht jeden Tag der Fall sei, hierbei eine angemessene Kontrolle vornehme, so sei dies ausreichend.

Auf Grund der von der belangten Behörde getroffenen Tatsachenfeststellungen ist davon auszugehen, dass im Beschwerdefall lediglich die Anwendung der Bestimmung des § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG in Rede steht. Damit gleicht der vorliegende Fall in allen für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Sachverhaltsfragen jenem, der dem hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/09/0099, zugrunde lag, weshalb auf die Begründung dieses Erkenntnisses zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird. Auch im vorliegenden Beschwerdefall sind

für den Verwaltungsgerichtshof zumutbare, aus § 28 Abs. 6 Z. 2 AuslBG abzuleitende inhaltlich näher spezifizierte Verhaltenspflichten nicht erkennbar.

Die belangte Behörde hat dadurch, dass sie den Schuldspruch und die Bestrafung bestätigte, sohin die Rechtslage verkannt und den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet. Dieser war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

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 15. September 2004

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2004:2003090004.X00

Im RIS seit

20.10.2004

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at