

## Gericht

Verwaltungsgerichtshof

## Entscheidungsdatum

12.07.2011

## Geschäftszahl

2009/09/0072

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Dr. Strohmayer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, über die Beschwerde des PZ, vertreten durch Dr. Wolfgang Mayrhofer, Rechtsanwalt in 4310 Mauthausen, Poschacherstraße 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 3. Februar 2009, Zl. VwSen-251846/10/Kü/Ba, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesministerin für Finanzen, Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

## Spruch

### **Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen, angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 3. Februar 2009 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P. GmbH (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof) vier näher bezeichnete Staatsangehörige, die von einem ungarischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt worden seien, im Bereich der Baustelle S. zur Montage von Wandteilen in Anspruch genommen, ohne dass für die Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt worden sei. Über den Beschwerdeführer wurden gemäß § 18 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG iVm § 9 Abs. 1 VStG Verwaltungsstrafen von jeweils EUR 2.000,--, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 30 Stunden, verhängt.

Das ungarische Unternehmen sei auf der Baustelle S. auf Grund eines Werkvertrags mit der P. GmbH tätig gewesen. Es habe seine Arbeiter nach Österreich entsandt. Nach dem Beitrittsvertrag mit den "neuen" EU-Staaten seien Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zulässig. Je nach der Dauer des Auftragsprojektes oder der Beschäftigung eines entsandten Ausländers hätte es einer Beschäftigungsbewilligung oder einer Entsendebewilligung bedurft. Der Antrag auf Erteilung einer solchen Bewilligung sei gemäß § 19 Abs. 1 und Abs. 2 AuslBG vom Auftraggeber (der P. GmbH) vor Aufnahme der Tätigkeit bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (AMS) einzubringen. Dies sei nicht geschehen.

Der Beschwerdeführer sei handelsrechtlicher Geschäftsführer der P. GmbH, aber operativ nicht tätig. Es sei kein verantwortlicher Beauftragter für die Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG bestellt. Bei der Abwicklung ihrer Bauaufträge kooperiere die P. GmbH mit Subunternehmern wie der ungarischen F. Kft. Zu dieser bestünde seit 15 Jahren Kontakt. Für die Abwicklung der Subunternehmeraufträge sei vereinbart, dass die F. Kft. mit dem zuständigen Mann bei der P. GmbH, Ing. V., Kontakt aufzunehmen habe, um abzuklären, wer die notwendigen arbeitsmarktrechtlichen Genehmigungen für den Einsatz der Arbeiter der F. Kft. in Österreich einhole. Ing. V. sei als Montageleiter bei der P. GmbH für die Abwicklung von Baustellen mit ausländischen Subunternehmern verantwortlich und habe die Anweisung, deren Einsatz zu kontrollieren. Ein ausländischer Subunternehmer dürfe erst dann mit der Arbeit beginnen, wenn die entsprechenden arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen vorlägen. Anträge auf Beschäftigungsbewilligungen für ausländische Arbeitskräfte würden vom zweiten Geschäftsführer der P. GmbH unterschrieben. Für jede Baustelle existiere bei der P. GmbH ein Planungsblatt. Grundsätzlich würden ca. 10 bis 14 Baustellen gleichzeitig betreut. Auf den Planungsblättern sei verzeichnet, welche Subunternehmer für die Abwicklung der einzelnen Aufträge vorgesehen seien. Es seien

allerdings nur größere Aufträge vermerkt. Kleine Subaufträge würden im Planungsblatt einer Baustelle nicht aufscheinen. Der operativ tätige zweite Geschäftsführer der P. GmbH führe insofern Kontrolltätigkeiten durch, als er für sämtliche Baustellen die Terminkoordination durchführe. Falls ein ausländisches Subunternehmen zum Einsatz gelange, erkundige sich dieser Geschäftsführer beim zuständigen Mitarbeiter, ob die entsprechenden Bewilligungen zeitgerecht beantragt worden seien. Wenn er erkenne, dass die Bewilligungen nicht zeitgerecht beantragt worden seien, übe er Druck auf seine Mitarbeiter aus, noch ein Ansuchen zu stellen.

Bei der Baustelle S. habe die P. GmbH den Auftrag erhalten, eine Industriehalle ab Fundamentoberkante zur Gänze zu errichten. Der Großteil der Baustelle sei von der P. GmbH mit eigenem Personal abgewickelt worden. Zum Teil habe auch ein österreichisches Subunternehmen montiert. Ein geringer Auftrag zur Montage vorgefertigter Panelteile an die Stahlunterkonstruktion im Auftragswert von EUR 3.600,-- sei an die F. Kft. als Subunternehmerin erteilt worden. Mit der Geschäftsführerin der F. Kft. sei vereinbart worden, dass sie Ing. V. bekanntzugeben habe, wenn ausländische Staatsangehörige auf Baustellen in Österreich eingesetzt würden. Diese Vorgangsweise habe bei bisherigen Baustellen in Österreich funktioniert. Bei der Baustelle S. sei allerdings eine derartige Meldung nicht erfolgt. Ing. V. habe am Montag, dem 16. Oktober 2006, die Baustelle S. aufgesucht. Zu diesem Zeitpunkt seien die ungarischen Arbeiter der F. Kft. noch nicht vor Ort gewesen. Ing. V. habe sodann von Montag bis Donnerstag eine Auslandsreise angetreten und sei nicht mehr auf der Baustelle anwesend gewesen. Für die Zeit seiner Abwesenheit habe er niemanden beauftragt, die Baustelle zu kontrollieren. Er habe zur Kontrolle der Baustelle auch keine Veranlassung gesehen, weil er jahrelange Erfahrungen mit der F. Kft. gehabt habe und der Meinung gewesen sei, dass diese Arbeitsleistungen problemlos funktionierten. Ing. V. habe keine Kenntnis davon gehabt, dass die F. Kft. den Subauftrag bei der Baustelle S. mit ungarischen Arbeitnehmern abwickeln würde. Am 19. Oktober 2006 sei die Baustelle S. von Beamten des Zollamtes kontrolliert worden. Dabei sei festgestellt worden, dass vier ungarische Arbeitnehmer der F. Kft. vor Ort Montagearbeiten durchgeführt hätten. Arbeitsmarktbehördliche Genehmigungen seien nicht vorgelegen.

Gemäß § 18 Abs. 1 AuslBG bedürften Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt würden, einer längstens für die Dauer von vier Monaten zu erteilenden Entsendebewilligung, wenn die Arbeiten nicht länger als sechs Monate dauerten. Gemäß § 32a Abs. 6 AuslBG sei für die Beschäftigung von EU-Bürgern gemäß § 32a Abs. 1 AuslBG oder von Drittstaatsangehörigen, die von einem Arbeitgeber mit Betriebssitz insbesondere in der Republik Ungarn zur vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen in einem näher bezeichneten Dienstleistungssektor in das Bundesgebiet entsandt würden, § 18 Abs. 1 bis 11 AuslBG anzuwenden. In einem Dienstleistungssektor, in dem Einschränkungen nicht zulässig seien, sei § 18 Abs. 12 AuslBG anzuwenden.

Wer entgegen dem § 18 AuslBG die Arbeitsleistung eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz in Inland beschäftigt würde, in Anspruch nehme, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt worden sei, begehe nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG eine Verwaltungsübertretung, die nach den dort genannten Strafsätzen zu ahnden sei. Der Beschwerdeführer sei als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P. GmbH iSd § 9 VStG das verantwortliche Organ. Dies ungeachtet des Umstands, dass er operativ in der P. GmbH nicht tätig sei. Ein verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 Abs. 2 VStG sei nicht bestellt worden.

Der Unterschied zwischen den Strafdrohungen nach § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a und lit. b AuslBG liege darin, dass gemäß lit. a das "Beschäftigen" von Ausländern, in lit. b hingegen das bloße "In-Anspruch-nehmen" von Arbeitsleistungen betriebsentsandter Ausländer unter Strafe gestellt werde. Werde ein Ausländer von seinem ausländischen Arbeitgeber als Erfüllungsgehilfe eingesetzt, um Werkverträge gegenüber dem inländischen Unternehmer zu erfüllen, habe das österreichische Unternehmen Arbeitsleistungen des "betriebsentsandten" Arbeitnehmers iSd § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b iVm § 18 Abs. 1 AuslBG in Anspruch genommen.

Die Tatsache, dass vier ungarische Arbeitnehmer der F. Kft. mit Sitz in Ungarn von dieser auf Grund eines Werkvertrages zu Montageleistungen zur Baustelle der P. GmbH entsendet worden seien und für diese Tätigkeit der ungarischen Staatsangehörigen keine Entsendebewilligung vorgelegen sei, stehe unbestritten fest. Die P. GmbH habe sich der F. Kft. bedient und mit dieser einen Werkvertrag abgeschlossen, den die F. Kft. mit ihren Arbeitern in Österreich erfüllt habe. Insofern habe die P. GmbH die Arbeitsleistungen der vier ungarischen Arbeitnehmer der F. Kft. in Anspruch genommen. Im Hinblick darauf, dass die ausländischen Arbeitnehmer im Dienstleistungssektor Baugewerbe tätig geworden seien, wäre gemäß § 32a Abs. 6 iVm § 18 Abs. 1 AuslBG eine Entsendebewilligung erforderlich gewesen.

Der Beschwerdeführer habe sich damit verantwortet, er habe mit der F. Kft. vereinbart, dass diese eine Meldung erstatte, sobald ausländische Arbeitskräfte zur Erfüllung von Subaufträgen in Österreich eingesetzt würden. Darauf habe er vertrauen können. Außerdem sei der Mitarbeiter (der P. GmbH) angewiesen worden, vor Arbeitsaufnahme der ausländischen Staatsangehörigen entsprechende Kontrollen durchzuführen. Demgegenüber stehe - so die belangte Behörde weiter - allerdings fest, dass es bei der Abwicklung des Montageauftrages bei der Baustelle S. keinerlei Kontrollen gegeben habe, und zwar weder durch den operativ tätigen Geschäftsführer selbst, noch durch den beauftragten Montageleiter Ing. V. Der Subauftrag sei auch nicht im Planungsblatt der Baustelle eingetragen gewesen. Damit habe der Geschäftsführer gar keine Kenntnis davon gehabt, dass dieser Auftrag von der ungarischen Firma abgewickelt werde. Der Beschwerdeführer habe in keiner Weise dargelegt,

"wie er beauftragte Mitarbeiter definitiv kontrolliert" habe. Der zur Kontrolle der Baustelle beauftragte Montageleiter Ing. V. sei zu Arbeitsbeginn der ungarischen Staatsangehörigen nicht im Inland gewesen und habe auch nicht dafür Sorge getragen, dass vor Ort eine Vertretung die Kontrollen übernehme. Das vom Beschwerdeführer eingerichtete System habe daher insofern versagt, als eine Kontrolle der entsandten vier ungarischen Arbeiter vor Arbeitsaufnahme nicht stattgefunden habe. Der Beschwerdeführer sei nicht in der Lage darzulegen, auf welche Weise die beauftragte Person (Ing. V.) kontrolliert worden sei und wieso auf Grund der von ihm getroffenen Anordnungen die gegenständliche Verwaltungsübertretung nicht zu verhindern gewesen sei. Vielmehr habe Ing. V. eingestanden, dass eine Lücke im System bestehe.

Dem Beschwerdeführer komme der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zu Gute. Auf Grund der Umstände des Einzelfalls sei die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe geeignet, den Beschwerdeführer von der Begehung weiterer derartiger Verwaltungsübertretungen abzuhalten. Sonstige Milderungsgründe, welche eine Anwendung des § 20 VStG rechtfertigen würden, seien nicht hervorgekommen. Die Tat sei auch nicht so weit hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurückgelegen, dass an eine Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG zu denken wäre.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen hat:

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die in Ungarn niedergelassene F.Kft. in Österreich Dienstleistungen in einem gemäß § 32a Abs. 6 AuslBG geschützten Sektor (hier: Baugewerbe bzw. Errichtung von Bauwerken iSd Anhangs zur Richtlinie 96/71/EG) erbracht hat. Auf die Tätigkeit der vier ungarischen Staatsangehörigen war daher § 18 Abs. 1 bis 11 (und nicht Abs. 12) AuslBG anzuwenden. Die P GmbH, die die vier ungarischen Staatsangehörigen beschäftigte (vgl. § 2 Abs. 1 lit. d AuslBG) und gemäß § 2 Abs. 3 lit. b AuslBG als Arbeitgeberin anzusehen war, hätte für diese vier Arbeitnehmer gemäß § 4 iVm § 18 Abs. 1 und 11 sowie § 19 Abs. 3 AuslBG eine Beschäftigungsbewilligung beantragen müssen.

Wer entgegen § 18 AuslBG die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde, ist gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b AuslBG bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von EUR 2.000 bis zu EUR 20.000 zu bestrafen.

Der Beschwerdeführer zieht dies nicht in Zweifel, bestreitet aber sein Verschulden und bringt vor, zwischen der P. GmbH und F. Kft. sei vereinbart worden, dass die F. Kft. bekanntgeben würde, wenn ausländische Staatsangehörige auf Baustellen in Österreich eingesetzt würden. Die F. Kft. hätte dies dem Montageleiter Ing. V. mitteilen müssen. Ing. V. habe sehr genau gearbeitet. Er sei schon 19 Jahre bei der P. GmbH beschäftigt. Diese habe ihn "bezüglich einer Angelegenheit mit ausländischen Arbeitern noch nie maßregeln müssen". Ing. V. habe keine Veranlassung gesehen, Kontrollen durchzuführen, weil es auf Grund der jahrelangen Erfahrungen mit der F. Kft. "immer problemlos funktioniert hat". Ing. V. sei von der P. GmbH angewiesen worden, noch vor Aufnahme einer Tätigkeit eines Subunternehmers die Identität der Arbeitnehmer bzw. das Vorliegen der entsprechenden Bewilligungen zu kontrollieren. Die F. Kft. habe die genannte Vereinbarung immer genauestens eingehalten. Der Beschwerdeführer habe darauf vertrauen dürfen, dass es zu keinem Fehlverhalten der F. Kft. komme. Dennoch sei Ing. V. beauftragt worden, auch die von der F. Kft. auf den Baustellen der P. GmbH beschäftigten Arbeitnehmer auf ihre arbeitsrechtlichen Bewilligungen zu überprüfen. Ing. V. habe noch nie gegen die angeordnete Kontrollverpflichtung verstoßen. Daher sei es auch für den Beschwerdeführer nicht vorhersehbar gewesen, dass Ing. V. wegen eines dringenden Auslandsaufenthaltes seiner Kontrollpflicht nicht nachkommen würde. Die Beschäftigung der vier ungarischen Arbeitnehmer mit Montagearbeiten sei auf eine Verkettung widriger Umstände und nicht auf ein fehlendes oder mangelhaftes Kontrollsystem zurückzuführen. Der Beschwerdeführer habe alle Maßnahmen ergriffen, um die Einhaltung der erteilten Anordnungen betreffend die Beachtung der Rechtsvorschriften über die Beschäftigung von Ausländern zu gewährleisten, sodass ihn kein Verschulden iSd § 5 VStG treffe.

Dem ist zu erwidern, dass vertragliche Abreden mit einem ausländischen Subunternehmer über die Einholung von erforderlichen Genehmigungen für eingesetzte Arbeitnehmer den Beschwerdeführer weder zu entlasten vermögen noch die Verpflichtung der vom Beschwerdeführer vertretenen P. GmbH beseitigen, gemäß § 19 Abs. 2 (iVm § 2 Abs. 3 lit. b) AuslBG eine Beschäftigungsbewilligung iSd § 18 Abs. 1 AuslBG zu beantragen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Jänner 2004, Zl. 2001/09/0230). Es wäre dem Beschwerdeführer oblegen, als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher für die Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG durch eine ausreichende Kontrolle in seinem Unternehmen zu sorgen. Ein funktionierendes Kontrollsystem liegt etwa dann vor, wenn bei ineinander greifenden täglichen Identitätsprüfungen aller in einem Betrieb eingesetzten Arbeiter durch die jeweiligen Kontrollbeauftragten vor Arbeitsaufnahme die Prüfung der arbeitsrechtlichen Papiere aller - bereits zu Beginn der Arbeiten und auch später hinzukommender - neu eingesetzter Arbeitskräfte gewährleistet ist und durch den Verantwortlichen die lückenlose Anwendung des Kontrollsystems auf effektive Weise überwacht wird. Die bloße Erteilung von Weisungen, etwa das AuslBG sei einzuhalten, und die Wahrnehmung einer nicht näher bezeichneten Oberaufsicht reichen nicht aus (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 2010, Zl. 2007/09/0348, mwN).

Diese Erfordernisse waren im Beschwerdefall nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer beruft sich zwar darauf, dass Ing. V. mit der Durchführung der Kontrollen auf den Baustellen betraut worden und ihm noch nie ein Fehler unterlaufen sei, ein den Erfordernissen des § 5 VStG entsprechendes Kontrollsystem stellte diese Maßnahme aber schon deshalb nicht dar, weil für den Fall der Abwesenheit des Ing. V. (etwa durch Krankheit, Urlaub oder wie hier durch einen Auslandsaufenthalt) keine Vorsorge für seine Vertretung getroffen worden war. Diese vom Beschwerdeführer zu verantwortende Lücke im Kontrollsystem ist hier schlagend geworden, wofür er die Verantwortung trägt. Weiterführende Kontrollen über jene des Ing. V hinaus wurden vom Beschwerdeführer weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch vor dem Verwaltungsgerichtshof behauptet.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 EMRK wurde im gegenständlichen Fall durch die Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan.

Die Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 12. Juli 2011