OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-301210/22/Kl/SH

Datum:
Linz, 29. November 2016

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Ilse Klempt über die Beschwerde des Herrn C.N., M., D., vertreten durch W. Rechtsanwälte, x, S., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 10. Mai 2016, Ge-684/15, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 20. Oktober 2016 den

B E S C H L U S S

gefasst:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG entfällt ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens.

III. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Steyr vom 10. Mai 2016, Ge-684/15, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 24 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz verhängt, weil er als Geschäftsführer der Firma B. V. GmbH in M., X, D. (welche unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Firma B. E. GmbH & Co. KG in M., X, D., ist) verwaltungsstrafrechtlich zu vertreten hat, dass durch die Firma B. E. GmbH & Co. KG der k. Staatsbürger I.M., geb. am x, am 18.5.2015 auf der Baustelle (Zweigniederlassung) o.a. Firma in S., X, mit Elektroinstallationsarbeiten beschäftigt wurde, wobei für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder eine „Niederlassungsbewilligung-unbeschränkt“ (§ 8 Abs. 2 Ziff. 3 NAG) oder ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt worden wäre.
Dies stellt eine Übertretung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass ein verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 Abs. 2 VStG bestellt worden sei, nämlich der Geschäftsführer E.D. Dieser sei nach vorgelegtem Organigramm zuständig für den Sachbereich Produktion/Dienstleistung und in örtlicher Hinsicht für die Niederlassung in S. Es fehle daher an der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers.
Zur Sache selbst wurde ausgeführt, dass der k. Staatsbürger I.M. nicht bei der B. E. GmbH & Co. KG beschäftigt gewesen sei, sondern tatsächlich bei der Firma I. M. GmbH & Co. KG. Eine Arbeitskräfteüberlassung liege nicht vor, da zwischen der B. E. GmbH & Co. KG und der I. M. GmbH & Co. KG ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. Nach Ziffer 1.2 des Werkvertrages sei die Firma I. M. d.o.o. verpflichtet, die Leistungen eigenverantwortlich zu erbringen. Die Abrechnung der geleisteten Arbeiten erfolge nach gemeinsamem Aufmaß zu den vereinbarten Einheitspreisen und Konditionen. Dem Werkvertrag sei ein Leistungsverzeichnis beigefügt, aus dem sich die vertraglich vereinbarten Einheitspreise für die Erbringung der definierten Leistungen ergeben. Der Werklohn sei demnach bestimmbar und handle es sich um eine absolut übliche Regelung in einem Werkvertrag. Auch sei von den Mitarbeitern der I. d.o.o. eigenes Werkzeug verwendet worden und hätten die Mitarbeiter der Firma I. auch nicht im Verbund mit den Mitarbeitern der Firma B. E. GmbH & Co. KG Leistungen ausgeführt. Von Seiten der Firma B. seien keine einzelnen

Arbeitsanweisungen erteilt worden und seien die Arbeitskräfte der Firma I. d.o.o. auch nicht organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert worden und hätten auch nicht unter dessen Dienst- oder Fachaufsicht gestanden. Lediglich hinsichtlich des zeitlichen Ablaufes seien Vorgaben gemacht worden, was im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Werkunternehmer gängig sei. Auch dass die Arbeiten auf ihre Vertragsgemäßheit von einem Mitarbeiter der Firma B. überprüft werden, sei lediglich Ausfluss der Tatsache, dass der entsprechende Werklohn nach vollständiger und mangelfreier Ausführung des Gewerkes geschuldet werde. Die Zurückbehaltung des Werklohnes bis zur mängelfreien Ausführung sei wesentliches Merkmal des Werkvertrages. Es liege daher ein Werkvertrag und keine Arbeitskräfteüberlassung vor. Die Rechtsauffassung, wonach eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde, wenn einer der in § 4 Abs. 2 AÜG aufgezeigten Alternativen zutreffen würde, sei angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 18. Juni 2015, C-586/13, Rechtssache M.M., nicht mehr haltbar, sondern würde diese Rechtsauffassung gegen zwingendes Unionsrecht verstoßen. In diesem Urteil habe der Europäische Gerichtshof seine Grundsätze zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitnehmerentsendung im Sinn der Richtlinie 96/71/EG konkretisiert. Auch die Firma I. d.o.o. habe völlig frei die Anzahl der Mitarbeiter, die die werkvertragliche Verpflichtung ausführen, selbst bestimmt und hafte gegenüber der Firma B. für eine mangelhafte Erfüllung der Werkleistung. Dies ergebe sich insbesondere aus Ziffer 6 des Werkvertrages. Irrelevant sei aber, ob das verbaute Material vom Werkbesteller zur Verfügung gestellt werde oder nicht. Die Werkleistung sei von der Firma I. d.o.o. mittels von ihr zur Verfügung gestellten Werkzeugs erfolgt. Weiters werde auf die Entscheidung des EuGH vom 10.02.2011, Rechtssache V., C-307/09 bis C-309/09, verwiesen.
Es habe daher I.M. weder in einem Arbeitsverhältnis noch in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis bzw. Ausbildungsverhältnis zur B. E. GmbH & Co. KG gestanden. B. E. GmbH & Co. KG sei nicht Arbeitgeber iSd Ausländerbeschäftigungsgesetzes gewesen.

3. Der Magistrat der Stadt Steyr hat die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Es wurde mitgeteilt, dass gegen den Beschwerdeführer keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen aufscheinen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. Oktober 2016, zu welcher die Verfahrensparteien geladen wurden und mit Ausnahme der belangten Behörde erschienen sind. Weiters wurden die Zeugen M.H., Mag. (FH) J.S., W.H., R.U. und C.K. geladen und einvernommen. Der geladene Zeuge D.V. ist zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen, die Ladung wurde nicht behoben.

4.1. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest und wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der B. V. GmbH mit Sitz in M., D. Diese ist Komplementärin der B. E. GmbH & Co. KG mit Sitz in M., D. Die B. V. GmbH hat eine Zweigniederlassung in Österreich, S., X. Der Sitz der Zweigniederlassung befindet sich auf einem „Gewerbegebiet“, auf dem mehrere Firmen ansässig sind, darunter auch die Zweigniederlassung der B. V. GmbH. Am Sitz der Zweigniederlassung befinden sich Büro und Lager. Zum Tatzeitpunkt für die Niederlassung zuständig und verantwortlich als Abteilungsleiter war Herr G. In der Regel ist jede Niederlassung eine Abteilung. In der Zweigniederlassung S. sind ständig etwa 15 Mitarbeiter tätig, darunter in leitender Funktion Herr H., der dort ständig tätig ist als Bauleiter und gelernter Elektriker. Der Auftrag wird ausgeführt durch Monteure unter der Leitung eines Obermonteurs. Von den 15 Mitarbeitern der Zweigniederlassung S. sind 12 Mitarbeiter im IT-Bereich tätig, welche im engeren Sinn gar keine Elektriker sind. Zum Zeitpunkt Mai 2015 war die Zweigniederlassung S. nur für das B. M. tätig und hatte daher der Bauleiter und Obermonteur H. auch ein Büro im M. Das B. M. (B. M. GmbH) hat den Sitz in S., x, und ist etwa 300 m Luftlinie von der Zweigniederlassung B. entfernt.
Der konkrete Auftrag, welcher von Ende 2014 bis Oktober 2015 lief, betraf die Errichtung eines Neubaus für die B.-W. und lautete auf Elektromontagearbeiten.
Zuständiger Abteilungsleiter für den Einkauf für die Firma B. E. GmbH & Co. KG ist Herr U. Dieser erledigt auch den Einkauf im Namen und für Rechnung der Zweigniederlassung S. Er besorgt die Materialbeschaffung für die Zweigniederlassung in S., also auch das für die Erfüllung des Auftrages erforderliche Material. Sein Mitarbeiter und Sachbearbeiter ist Herr K. Hinsichtlich des für die Auftragsausführung erforderlichen Personals ist das Personal an der Zweigniederlassung in S. nicht ausreichend, sodass Werkverträge bzw. Subverträge mit Fremdfirmen geschlossen werden. Für den konkreten Auftrag für das B.-W. in S. wurde von Herrn U. ein Werkvertrag mit der Firma I. M. d.o.o. in S. abgeschlossen. Mit dieser Firma arbeitete die Firma B. öfter zusammen, insbesondere in D. Die Firma I. hat eine Gewerbeberechtigung für Elektromontagen und auch in kleinerem Umfang für Stahlbau-Montagen und Schlosserarbeiten. Der Obermonteur H. war bei Abschluss des Werkvertrages nicht dabei, sondern wurde ihm der fertige Werkvertrag dahingehend mitgeteilt, dass nunmehr diesen Auftrag die Firma I. ausführt. Die Elektromontage-leistungen wurden zur Gänze an die Firma I. weitergegeben und wurden für diesen Auftrag keine Leistungen durch Mitarbeiter der Firma B. erbracht. Erst Nachlaufarbeiten nach Beendigung durch die Firma I. wurden in Folge von Mitarbeitern der Firma B. ausgeführt. Die Mitarbeiter der Firma B. waren hinsichtlich anderer Aufträge im B.-M. vor Ort, für die Zweigniederlassung S. hat die Firma I. zum ersten Mal, nämlich betreffend diesen genannten Auftrag gearbeitet.

Die Planung selbst hat das B.-M. durchgeführt, die Ausführungspläne wurden von der Zweigniederlassung ausgeführt. Die Pläne und das Leistungsverzeichnis wurden der Firma I. zur Verfügung gestellt und es wurde auch der Zeitplan, der von B. vorgegeben wurde, der Firma I. weitergegeben. Es wurden der Bauzeitplan und die zeitlichen Einteilungen an die Firma I. weitergegeben. Bei den wöchentlichen Baubesprechungen für diesen Neubau war der Obermonteur H. anwesend, ein Vertreter der Firma I. war bei den Baubesprechungen nicht anwesend. Die jeweiligen Anordnungen anlässlich der Baubesprechung wurden an die Firma I. weitergegeben. Vorgaben, wann die jeweiligen Abschnitte fertig sein mussten, wurden an die Firma I. gemacht, die nähere Arbeitseinteilung, also an welchem Tag zu welcher Uhrzeit gearbeitet wird, wurde von der Firma I. selbst bestimmt. Auch die Zahl der Arbeiter wurde von der Firma I. bestimmt. Abmeldungen der Arbeiter erfolgten bei ihrem Vorgesetzten der Firma I. Der Obermonteur der Firma B. wusste teilweise nicht, wie viele Leute von I. gerade auf der Baustelle anwesend waren. Der Obermonteur hat gelegentlich die konkrete Baustelle besichtigt, ob der Auftrag entsprechend den Anforderungen von B. ausgeführt wurde. Zweimal wöchentlich gab es eine Begehung mit dem Ingenieur der Firma B. Hinsichtlich der Mitarbeiter der Firma I. war ein sogenanntes Stammpersonal von drei bis vier Mitarbeitern ständig anwesend, je nach Bedarf wurden dann noch weitere Mitarbeiter von I. zugezogen, wobei diese sich das selber bestimmte. Die Unterkunft für die Mitarbeiter der Firma I. wurden von der Firma I. selber besorgt. Das für den Auftrag erforderliche Werkzeug brachten die Mitarbeiter der Firma I. selber mit. Werkzeug der Firma B. wurde nicht benutzt. Das erforderliche Material wurde zur Gänze von der Firma B. zur Verfügung gestellt und war im Lager der Zweigstelle oder wurde direkt auf die Baustelle geliefert. Die persönliche Schutzausrüstung hatten die Arbeiter selbst mitzubringen. Hinsichtlich technischer Fragen wandten sich die Mitarbeiter der Firma I. an Herrn H. von der Firma B. Wenn dieser die Fragen nicht klären konnte, ging er ins Ingenieurbüro der Firma B. Kontakt des Obermonteurs H. bestand hauptsächlich mit dem Partieführer der Firma I. Von Arbeitszeitaufzeichnungen der Mitarbeiter der Firma I. weiß Herr H. nichts und führte er nicht durch. Bei festgestellten Mängeln wandte er sich an den Partieführer und ordnete Verbesserungen an. Der Obermonteur war gegenüber B. für die ordnungsgemäße Ausführung verantwortlich, gab aber die Mängelbehebung weiter an die Firma I. Hinsichtlich der Auftragsausführung wurden lediglich planliche Änderungen oder Änderungswünsche der Firma B. an I. weitergegeben. Konkrete Arbeitsanweisungen, wie Leistungen konkret auszuführen sind, wurden von B. nicht gemacht. Mitarbeiter der Firma B. haben nicht parallel zu diesem Auftrag mit Mitarbeitern der Firma I. zusammen gearbeitet, sondern waren beim Altbau im B.-W. beschäftigt, was aber nicht den ggst. Auftrag betroffen hat. Hingegen hat die Firma I. außer im angesprochenen Neubau des B.-W. nirgends im B.-W. gearbeitet.

Hinsichtlich des Auftrages gab es ein Leistungsverzeichnis bzw. eine Auftragsliste, die von B. erstellt und von der Firma B. an die Zweigniederlassung

zur Verfügung gestellt wurde und auch so vertraglich mit der Firma I. vereinbart wurde. Zu jeder Positionsnummer gibt es eine Leistungsbeschreibung, den diesbezüglichen Einheitspreis, die angeforderte Menge und den daraus errechneten Gesamtpreis. Danach wurde auch abgerechnet. Jene Leistungen, die nicht von der Firma I. erbracht wurden, wurden mit 0 ausgepreist. Steht in einer Position eine Stückzahl und wurde mit 0 ausgepreist, so heißt dies, dass diese Leistung nicht von der Firma I. geleistet wurde. Es heißt aber nicht, dass die Leistung grundsätzlich nicht erbracht wurde, sondern wurden auch einige Komponenten vorgefertigt und gesamt angeliefert. Eine Mängelbehebung hat die Firma I. durchzuführen. Solange Mängel nicht behoben sind, findet eine Abnahme nicht statt. Im Rahmen der Abnahme wird auch die Leistungsliste kontrolliert. Die Leistungserbringung erfolgt nach Aufmaßerstellung, wobei das Aufmaß für die Mitarbeiter der Firma B. von Herrn H. genommen wurde, hinsichtlich der Leistungserbringung durch Mitarbeiter der Firma I. hat diese das Aufmaß selber zu nehmen und wird dieses Aufmaß vom Obermonteur kontrolliert. Danach erfolgt die Abrechnung.
Hinsichtlich der erforderlichen Meldungen und Unterlagen wusste der Obermonteur, dass er solche Unterlagen hinsichtlich einer Anmeldung zur Sozialversicherung hat, allerdings für wen genau wusste er nicht und sie waren nicht im Büro. Der Abteilungsleiter für den Einkauf der Firma B., welcher den Vertrag mit der Firma I. abgeschlossen hat, wusste über die erforderlichen Meldungen zur Sozialversicherung und sollten diese Unterlagen auf der Baustelle aufliegen. Das österreichische Arbeitskräfteüberlassungsgesetz sowie auch das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz kennt er nicht und wusste er nicht über das Erfordernis einer Meldung im Falle einer Entsendung. Allerdings verweist er auf Vertragsbestimmungen mit der Firma I., wonach diese Firma sämtliche Unterlagen zu besorgen und zur Verfügung zu stellen hat.

Am 15. Mai 2015 wurde ein s. Firmenfahrzeug angehalten und die Insassen kontrolliert. Dabei wurden im Fahrzeug 4 Personen angetroffen, welche bei einer s. Firma, nämlich der I. M. d.o.o., beschäftigt waren. Die Personen arbeiteten im B.-W. in S. Die Arbeiten wurden für die Firma B. ausgeführt. Es wurden von den 4 Personen Personenblätter in s. Sprache ausgefüllt und eine Niederschrift mit einem Mitarbeiter, Herrn V., aufgenommen. Es wurde dabei auch bei der Kontrolle darauf hingewiesen, dass Lohnunterlagen und Meldungen am Arbeitsort aufliegen müssen und wurde auch eine diesbezügliche Kontrolle in der Folge angekündigt. Die Anhaltung erfolgte an einem Freitag zur Mittagszeit. Es wurde daraufhin eine Kontrolle am darauffolgenden Montag, den 18.5.2015, vorgenommen im B.-W. in S., nämlich im Büro des Herrn H. im M. Eine Kontrolle und Betretung der Arbeitnehmer am Arbeitsort bzw. in der Produktionsstätte fand nicht statt. Es wurde lediglich Kontakt mit dem für die Zweigniederlassung Verantwortlichen der Firma B. aufgenommen und mit diesem dann auch eine Niederschrift abgefasst.
Arbeitsmarktrechtliche Papiere konnten nicht vorgelegt werden.

Für die B. V.-GmbH sind 4 Geschäftsführer eingetragen. Diese haben jeweils einen Geschäftsführervertrag, in welchem auch jener Bereich angeführt ist, welcher auch aus dem Organigramm ersichtlich ist. Die Geschäftsführer sind einzelvertretungsbefugt. Zusätzliche Vereinbarungen oder Zustimmungen außerhalb des Geschäftsführervertrages und des vorgelegten Organigrammes gibt es nicht. Jeder Geschäftsführer ist für den im Geschäftsführervertrag zugewiesenen Bereich verantwortlich und hat auch für die Einhaltung der diesen Bereich betreffenden rechtlichen Vorschriften zu sorgen. Die Geschäftsführer haben mit der operativen Auftragsabwicklung nichts zu tun. Sie kommen nur gelegentlich bzw. überhaupt nicht in die Zweigniederlassung nach S. Der Beschwerdeführer ist nach dem Organigramm zuständig für den Bereich Verwaltung und Finanzen. Für den Bereich Produktion und Dienstleistung ist der Geschäftsführer D. zuständig.

4.2. Dieser Sachverhalt gründet sich auf die Aussagen des Beschwerdeführers und der einvernommenen Zeugen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie die vorgelegten Unterlagen. Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, an der Glaubwürdigkeit der einvernommenen Zeugen zu zweifeln. Anhaltspunkte und Nachweise dafür, dass die Mitarbeiter der Firma B. gemeinsam mit Arbeitern der Firma I. den Auftrag ausführten, gab es nicht und traten nicht hervor. Auch gab es keinen Nachweis dafür, dass konkrete Anweisungen hinsichtlich der Auftragsausführung durch die Firma B. erfolgten. Ebenfalls konnte nicht die Bestimmung der Zahl der Arbeitnehmer für die Auftragsausführung durch die Firma B. nachgewiesen werden. Angesichts des unbestritten gebliebenen Umstandes, dass von 15 Mitarbeitern der Zweigniederlassung in S. 12 Mitarbeiter im IT-Bereich arbeiten, von den übrigen 3 Mitarbeitern einer der im Büro befindliche und leitende Obermonteur ist, und von der Firma B. (nur mehr 2 übrige Mitarbeiter) auch im Altbestand des B.-M. gearbeitet wurde, ist eine Beteiligung beim ggst. Auftrag bzw. dessen Ausführung eher unwahrscheinlich. Es sprechen daher die Umstände für eine Weitergabe des Auftrages an die Firma I. Hingegen ist eindeutig erwiesen, dass geschäftliche Dispositionen vom Firmensitz in D., M., erfolgen, so der Abschluss des Vertrages mit der Firma I., wie auch die gesamte erforderliche Materialbeschaffung für die Erfüllung des Auftrages. Auch die Besorgung und Kontrolle der entsprechenden Unterlagen erfolgt dort. Dispositionen am Sitz der Zweigniederlassung werden nicht durchgeführt.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit:

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

Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind 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 (Abs. 2).
Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine Person mit Hauptwohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist. Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind (Abs. 4).

Der Beschwerdeführer ist einer von 4 bestellten handelsrechtlichen Geschäftsführern der B. V.-GmbH, welche ihrerseits Komplementärin der B. E. GmbH & Co.KG ist. In der Beschwerde wird die Bestellung des handelsrechtlichen Geschäftsführers E.D. zum verantwortlichen Beauftragten gem. § 9 Abs. 2 und 4 VStG geltend gemacht. Außer einem Organigramm zum Nachweis der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Beschwerdeführers wurden keine weiteren Nachweise vorgelegt.
Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 23.3.2016, Ra 2016/02/002, zur Frage der Bestellung eines handelsrechtlichen Geschäftsführers zum verantwortlichen Beauftragten ausgeführt: „Nach der Rechtsprechung ist ein verantwortliches Vertretungsorgan (§ 9 Abs. 1 VStG) ex lege umfassend und kumulativ neben anderen Vertretungsorganen (also "überlappend") strafrechtlich verantwortlich. Seine Bestellung nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG lässt seine strafrechtliche Verantwortlichkeit als Vertretungsorgan unberührt, sie bewirkt nur (nach Maßgabe ihres Umfanges) den Entfall der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der übrigen Vertretungsorgane bzw. deren Einschränkung auf den Fall vorsätzlicher Nichtverhinderung (§ 9 Abs. 6 VStG), ihre Wirksamkeit hängt nicht von der Mitteilung an das zuständige Arbeitsinspektorat ab. Einer solchen bedarf es nicht (vgl. das Erkenntnis vom 9. Februar 1999, Zl. 97/11/0044 und 0095).

Die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten muss nicht durch eine Urkunde nachgewiesen werden, die von dem zur Vertretung nach außen Berufenen gefertigt ist. Die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten und die Zustimmung des zum verantwortlichen Beauftragten Bestellten können grundsätzlich formfrei erfolgen. Erforderlich ist nur, dass die Zustimmung gemäß § 9 Abs. 4 VStG nachweislich erfolgt ist, was nach der ständigen Rechtsprechung bedeutet, dass nur ein die Zustimmung zur Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten betreffendes Beweisergebnis aus der Zeit vor der Begehung der strafbaren Handlung zur Erbringung des Nachweises geeignet ist (vgl. das Erkenntnis vom 24. März 1994, Zl. 92/18/0176, mwN). …
Bei einer schlichten Aufgabenverteilung unter mehreren Geschäftsführern einer GmbH handelt es sich für sich genommen ohne Hinzutreten eines hinreichend erkennbaren Übertragungsaktes mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten nicht um eine Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 erster Satz VStG, sondern um eine interne Aufteilung der Zuständigkeiten im Unternehmen, die die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der (Mit)Geschäftsführer nicht berührt (zur internen Aufteilung vgl. das Erkenntnis vom 4. Juli 2008, Zl. 2008/17/0072).

Im Unterschied zu der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung ist im vorliegenden Fall alleine die Erklärung, ein Geschäftsführer sei für eine Baustelle "zuständig", nicht als Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten zu werten. Daran ändert auch die Nennung des Namens von W. K. in der "Vorankündigung von Bauarbeiten" nichts, zumal dies weder weiteren Erklärungswert besitzt, noch als Zustimmung gemäß § 9 Abs. 4 VStG zu sehen ist.“

Unter Zugrundelegung dieser Judikatur war daher die vom Beschwerdeführer vorgenommene Berufung auf ein auch vorgelegtes Organigramm lediglich als eine interne Aufteilung der Zuständigkeiten im Unternehmen anzusehen. Eine Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit samt ausdrücklicher Zustimmung kann daraus nicht von vornherein abgeleitet werden und geht auch nicht klar aus einer Erklärung hervor. Gleiches gilt auch für einen abgeschlossenen Geschäftsführervertrag, in welchem Unternehmensbereiche zugewiesen werden. Allein mit der Zuweisung eines Aufgabenbereiches kann noch nicht eine ausdrückliche Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 9 Abs. 2 VStG abgeleitet werden. Ein diesbezüglich „hinreichend erkennbarer Übertragungsakt“ war jedoch nicht vorgelegt und nachgewiesen und daher nicht erkennbar. Allein aus der Zuweisung eines Aufgabenbereiches in einem Arbeitsvertrag (hier Geschäftsführervertrag) kann noch nicht eine ausdrückliche Zustimmung zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit für diesen Bereich abgeleitet werden. Es ist daher die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers gem. § 9 Abs. 1 VStG grundsätzlich gegeben.

5.2. Der Beschwerde kommt aber dennoch Berechtigung zu:
Gemäß § 2 VStG sind, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, nur die im Inland begangenen Verwaltungsübertretungen strafbar. Eine Übertretung ist im Inland begangen, wenn der Täter im Inland gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg im Inland eingetreten ist.
Gemäß § 27 Abs. 1 VStG ist örtlich zuständig die Behörde, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten ist.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit.a Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG, BGBl.Nr. 218/1975 i.d.F. BGBl. I Nr. 72/2013 (zum Tatzeitpunkt geltende Fassung) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28 c), wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige … besitzt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Übertretungen des § 28 AuslBG (so auch in VwGH vom 7.7.2016, Ro 2016/09/0006-4) ist im Zweifel der Sitz des Unternehmens des Arbeitgebers der Tatort, denn dort wird in der Regel die gegebenenfalls nach diesem Gesetz verpönte Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte eingegangen und von dort aus sind die allenfalls fehlenden arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen zu beantragen; (nur) dann, wenn die tatsächliche Leitung eines Unternehmens an einem anderen Ort als an dem im Firmenbuch eingetragenen Sitz des Unternehmens ausgeübt wird, hat dies zur Folge, dass dieser Ort als jener Ort anzusehen ist, an dem der Täter hätte handeln sollen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 5.7.2012, 2010/09/0062 mwN).
Unstrittig steht fest, dass der Unternehmenssitz und Sitz der Unternehmensleitung in M. in D. ist. Von dort aus werden sämtliche Tätigkeiten ausgeübt und wären daher dort Bewilligungen zu beantragen. Es hätte daher am Unternehmenssitz und nicht in Österreich gehandelt werden sollen. Es war daher keine Strafbarkeit im Sinn des § 2 VStG und somit auch keine Zuständigkeit der Behörde gem. § 27 Abs. 1 VStG gegeben. Es war daher aus diesem Grund das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gem. § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG einzustellen.
Anzumerken ist, dass eine gesonderte Zuständigkeitsregelung gem. § 28 Abs. 8 AuslBG erst mit der Novelle BGBl. I Nr. 113/2015, in Kraft getreten am 14.8.2015, und sohin erst nach Tatbegehung eingeführt wurde.
Erklärend ist auch noch anzumerken, dass eine Zweigniederlassung keine Rechtspersönlichkeit aufweist. Dies kommt auch im Beweisergebnis zum

Ausdruck, dass die geschäftsführenden Tätigkeiten vom Firmensitz in D. aus gesetzt wurden.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gem. § 52 Abs. 8 VwGVG.

7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

1. Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

2. Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Ilse Klempt