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-301527/4/Kl/SH

Datum:
Linz, 9. Mai 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des Dipl.-HTL-Ing. A Z, p.A. S AG, Straße, L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 9. März 2017, GZ: 0053314/2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer eingestellt.

II. Es entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof 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 Landeshauptstadt Linz vom 9. März 2017, GZ: 0053314/2016, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 800 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß §§ 130 Abs. 5 Z 1 und 118 Abs. 3 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz iVm §§ 82 Abs. 6 und 161 Bauarbeiterschutzverordnung verhängt, weil er als für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften im Bundesland Oberösterreich und Salzburg (Dienstort: L, S) gemäß § 9 Abs. 2 und Abs. 4 VStG bestellter verantwortlicher Beauftragter der S AG (FN), mit Sitz in S/D, O-straße, zu vertreten hat:

Die S AG hat – wie anlässlich einer Überprüfung der Baustelle R A, N Verwaltung und Siloanlage, H-straße, in A/D. durch das Arbeitsinspektorat Wels festgestellt wurde – als Arbeitgeber am 06.07.2016 auf der genannten Baustelle die Arbeitnehmer J G und S K mit der Durchführung von Ein- und Ausschalarbeiten an Betonsockeln beschäftigt, wobei ein großflächiges Schalungselement vom Anschlagmittel des Hebezeuges abgehängt wurde, obwohl vor Ort keine Abstützungen wirksam waren, zumal großflächige Schalungselemente auf ebenen, tragfähigen Flächen standsicher aufgestellt sein müssen.

Dadurch wurde gegen § 82 Abs. 6 der Bauarbeiterschutzverordnung verstoßen, da Schalungselemente vom Anschlagmittel des Hebezeuges erst dann abgehängt werden dürfen, wenn Abstützungen wirksam sind.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses beantragt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschuldigte im Zeitraum vom 01.12.2014 bis 31.12.2016 zum verantwortlichen Beauftragten der S AG für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften für die Bundesländer Oberösterreich und Salzburg bestellt sei, nicht aber für jene Baustellen, die von der Arbeitsgemeinschaft geführt werden, an denen die S AG beteiligt sei und für die ein eigener verantwortlicher Beauftragter bestellt worden sei oder zukünftig bestellt werde. Das vorliegende Bestellungsschreiben vom 08.02.2016 sei nicht als Bestellungsurkunde bzw. als Bestellung von Herrn Dipl.-Ing. M J durch die A R S A zu werten, sondern sei darin die Mitteilung durch die A R S A mit Nachweis der Zustimmung von Herrn Dipl.-Ing. M J über dessen Bestellung durch die beiden A-Partner erfolgt. Der Verwaltungsgerichtshof habe in ständiger Judikatur bestätigt, dass die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten grundsätzlich formfrei erfolgen könne und insbesondere das Vorliegen einer von dem zur Vertretung nach außen Berufenen unterfertigte Urkunde zum Nachweis der Bestellung des verantwortlichen Beauftragten nicht notwendig sei. Für die Rechtswirksamkeit der Bestellung müsse gemäß § 23 ArbIG lediglich die Zustimmung des verantwortlichen Beauftragten nachweislich erfolgen und erkennen lassen, für

welche juristischen Personen sie erfolge. Dies sei durch den Passus „Der verantwortliche Beauftragte stimmt seiner Bestellung durch die zur Vertretung nach außen Berufenen der A-Partnerfirmen zu“ samt Unterschrift von Herrn Dipl.-Ing. M J als verantwortlichem Beauftragten erfüllt. Die Partnerfirmen der A würden auf der ersten Seite oben als S AG und P+B Gesellschaft m.b.H. angeführt. Somit sei genau der Fall erfüllt, dass beide Unternehmen (S AG und P+B Gesellschaft m.b.H.) Herrn Dipl.-Ing. M J rechtswirksam zum verantwortlichen Beauftragten bestellt haben.

3. Der Magistrat der Landeshauptstadt Linz hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das Arbeitsinspektorat Wels am Verfahren beteiligt.

4. Da bereits aus der Aktenlage ersichtlich ist, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist, konnte eine öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem erwiesenen Sachverhalt aus:
Mit Schreiben der S AG vom 20.11.2014 an das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten sowie die Arbeitsinspektorate für den 1. bis 19. Aufsichtsbezirk wurde der Widerruf der Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten des Herrn J S für die Bundesländer Oberösterreich und Salzburg mit 30.11.2014 sowie die Bestellung des Dipl.-HTL-Ing. A Z für die Bundesländer Oberösterreich und Salzburg mit Wirksamkeit 01.12.2014 zum Verantwortlichen für die Einhaltung der Bestimmungen der Arbeitnehmerschutzvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 VStG iVm § 23 ArbIG mitgeteilt. Darin ist auch festgehalten, dass die Bestellung nicht gilt für Baustellen, die von Arbeitsgemeinschaften geführt werden, an denen die Gesellschaft beteiligt ist und für die ein eigener verantwortlicher Beauftragter bestellt wurde oder zukünftig bestellt wird. Gleichzeitig wurde die Zustimmungserklärung des bestellten neuen Verantwortlichen dem Schreiben beigelegt, unterzeichnet mit 20.11.2014.
Mit Schreiben der Arbeitsgemeinschaft R S A unter Anführung der Partnergesellschaften der A, P+B Gesellschaft m.b.H., W, und S AG, Direktion A-H in L, vom 8. Februar 2016, an das Arbeitsinspektorat für Bauarbeiten Wels, dort eingelangt am 26. Februar 2016, wurde eine „Meldung der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten A Baustelle R S A – A, H-straße“ durchgeführt. Darin wurde wörtlich ausgeführt:
„Die zur Vertretung nach außen Berufenen der Partnerfirmen unserer Arbeitsgemeinschaft haben Herrn Bmstr. Dipl.-Ing. M J, Arbeitnehmer der Partnerfirma P+B Gesellschaft , geb. am in O, Staatsbürgerschaft Österreich, Hauptwohnsitz: B, R-straße, Dienstadresse A R S A: A, H-straße, auf Dauer der A-Baustelle zum

verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2, letzter Satz VStG) bestellt und uns beauftragt, dies Ihnen zu melden.
...
Der verantwortliche Beauftragte hat seiner Bestellung zugestimmt und zum Nachweis seiner Zustimmung dieses Schreiben mitgefertigt.
Wir ersuchen um Kenntnisnahme und verbleiben
mit vorzüglicher Hochachtung
Arbeitsgemeinschaft
R S A
Kaufmännische Geschäftsführung (mit eigenhändiger Unterzeichnung)
Der verantwortliche Beauftragte stimmt seiner Bestellung durch die zur Vertretung nach außen Berufenen der A-Partnerfirmen zu:
M J, unter eigenhändiger Unterschrift
W, am 22.02.2016“

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 9 Abs. 1 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.
Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt, 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 (Abs. 4).
Gemäß § 23 Abs. 1 Arbeitsinspektionsgesetz 1993 – ArbIG wird die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und 3 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG in der jeweils geltenden Fassung für die Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften und für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes erst wirksam, nachdem beim zuständigen Arbeitsinspektorat eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des/der Bestellten eingelangt ist.

Die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten wirkt erst ab dem Zeitpunkt, zu dem der Behörde die Zustimmung der zum verantwortlichen Beauftragten

bestellten Person nachgewiesen wird. Erst mit dem Einlangen des Zustimmungsnachweises bei der Behörde tritt ihr gegenüber der namhaft gemachte verantwortliche Beauftragte in wirksamer Weise als Adressat der Verwaltungsstrafnorm an die Stelle des zur Vertretung nach außen Berufenen bzw. des Einzelunternehmers. Es muss bei der Behörde spätestens während des Verwaltungsstrafverfahrens ein – aus der Zeit vor der Begehung der gegenständlichen Übertretung stammender – Zustimmungsnachweis eines derartigen verantwortlichen Beauftragten eingelangt sein (Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, Seite 1289).
Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 24.03.1994, 92/18/0176, ausgeführt, dass nicht geteilt werden kann, „dass die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten durch eine Urkunde nachzuweisen sei, 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 des Verwaltungsgerichtshofes 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. auch dazu das oben zitierte Erkenntnis vom 8. Oktober 1992, mwN).“
Dementsprechend führt auch Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, § 9 VStG, Rz 27, aus: „Die Bestellung ist in allen Fällen des § 9 formfrei ... Erforderlich ist gemäß § 9 Abs. 4 – nur, aber immerhin – die ‚Nachweislichkeit‘ der Zustimmung des verantwortlichen Beauftragten. Mit diesem Erfordernis will das Gesetz die Behörde vor langwierigem Überprüfungsaufwand bewahren. Die gesetzliche Regelung ist so zu verstehen, dass die Bestellung zwar bereits mit der Zustimmung des Beauftragten rechtswirksam wird, die Behörde aber – ohne Nachweis dieser Zustimmung – von einem Fortbestand der ansonsten gegebenen Zuständigkeitsregelung ausgehen darf.“

5.2. Im Grunde dieser Judikatur und Literatur war daher zusammenfassend davon auszugehen, dass nicht ein urkundlicher Nachweis der Bestellung an sich, sondern nur ein Nachweis der Zustimmung des Bestellten an die Behörde erforderlich ist bzw. im Rahmen des Geltungsbereiches des ArbIG (§ 23 Abs. 1 ArbIG) die Mitteilung des Zustimmungsnachweises an das zuständige Arbeitsinspektorat.
In diesem Sinne war daher das Mitteilungsschreiben der Arbeitsgemeinschaft R S A vom 8. Februar 2016, welches eine ausdrückliche schriftliche Zustimmung zur Bestellung des Dipl.-Ing. M J zum verantwortlichen Beauftragten für die Dauer der A-Baustelle enthält, als Mitteilung des Zustimmungsnachweises zur Bestellung aufzufassen. Ausdrücklich wird darin ausgeführt, dass „die zur Vertretung nach außen Berufenen der Partnerfirmen unserer Arbeitsgemeinschaft“ den genannten Dipl.-Ing. M J auf Dauer der A-Baustelle zum

verantwortlichen Beauftragten bestellt haben. Die Partnerfirmen, nämlich P+B Gesellschaft m.b.H. und S AG, sind am Briefkopf angeführt. Auch ist dem Schreiben zu entnehmen, dass eben diese zur Vertretung nach außen Berufenen der Partnerfirmen die Arbeitsgemeinschaft beauftragt haben, dies dem Arbeitsinspektorat zu melden. Es geht daher klar und deutlich hervor, dass die zur Vertretung nach außen berufenen Organe sowohl von P+B Gesellschaft m.b.H. als auch S AG die konkrete Bestellung vorgenommen haben und auch beauftragt haben, dies dem Arbeitsinspektorat zu melden. Dies ist auch nachweislich gemäß § 23 Abs. 1 ArbIG beim Arbeitsinspektorat Wels am 26. Februar 2016 eingelangt. Die Meldung erfolgte sohin vor dem Tatzeitpunkt (6. Juli 2016). Das Mitteilungsschreiben enthält auch klar und deutlich eine mit Unterschrift bekundete Zustimmung zur Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten mit Datum vom 22.02.2016, also auch ebenfalls vor dem Tatzeitpunkt. Auch enthält die ausdrückliche Zustimmung zur Bestellung ebenfalls den Passus „seiner Bestellung durch die zur Vertretung nach außen Berufenen der A-Partnerfirmen“. Auch hier wird Bezug genommen, dass beide Partnerfirmen bzw. die nach außen Vertretungsbefugten der Partnerfirmen die Bestellung vorgenommen haben.
Im Hinblick auf die zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, dass die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten an sich keiner Urkunde bedarf, ist daher ein solches Schreiben ausreichend. Nachweislich muss lediglich die Zustimmung des verantwortlichen Beauftragten erfolgen, und zwar aus einem Zeitpunkt vor dem betreffenden Tatzeitpunkt. Auch dies ist gegenständlich erfolgt, zumal der Zustimmungsnachweis schriftlich erfolgt ist und auch rechtzeitig vor dem Tatzeitpunkt dem Arbeitsinspektorat bekanntgegeben wurde. Es sind daher sämtliche Bestellungsvoraussetzungen nach § 9 VStG erfüllt.
Da die ansonsten rechtsgültige Bestellung des Beschuldigten durch die S AG für die Bundesländer Oberösterreich und Salzburg für den Zeitraum 01.12.2014 bis 31.12.2016 ausdrücklich anführt, dass die Bestellung nicht für Baustellen gilt, die von Arbeitsgemeinschaften geführt werden, an denen die S AG beteiligt ist und für die ein eigener verantwortlicher Beauftragter bestellt wurde oder zukünftig bestellt wird, war daher von einer gültigen und rechtswirksamen Bestellung des Dipl.-Ing. J zum Tatzeitpunkt auszugehen.

Es war daher das gegen den Beschuldigten als verantwortlichen Beauftragten erlassene Straferkenntnis aufzuheben und das diesbezügliche Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

5.3. Die von der belangten Behörde bzw. dem beteiligten Arbeitsinspektorat angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Zl. 2009/02/0234 vom 19.03.2013 war hingegen insofern nicht anzuwenden, als die Bestellung auf A-Briefpapier verfasst und vom kaufmännischen Geschäftsführer der A und technischen Geschäftsführer der A gezeichnet wurde, und die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch die vorgelegte Bestellungsurkunde lediglich von der A,

nicht aber von der (konkret genannten) Bau-GmbH auf diesen übertragen worden ist und der verantwortliche Beauftragte auch nur insoweit seine Zustimmung erklärt hat. Es können die Geschäftsführer der A keine für die A wirksame Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs. 2 VStG vornehmen. Dies steht aber im Gegensatz zu dem vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu erkennenden Fall, bei welchem in der Mitteilung hingewiesen wurde, dass die Gesellschafter, also die A-Partnerfirmen, bzw. deren zur Vertretung nach außen berufenen Organe die Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten vorgenommen haben. Dazu bestätigte aber der Verwaltungsgerichtshof im oben zitierten Erkenntnis vom 19.03.2013, dass „im Falle der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft (A), die eine Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts darstellt (wie hier zur Durchführung eines bestimmten Bauauftrages) primär die Gesellschafter, das heißt deren satzungsgemäß zur Vertretung nach außen berufene Organe, strafrechtlich verantwortlich sind. Diese strafrechtliche Verantwortlichkeit im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG kann von den vertretungsbefugten Organen der an der A beteiligten Gesellschaften durch eine rechtswirksame Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs. 2 VStG übertragen werden.“ Genau Letzteres wurde aber im mitgeteilten Zustimmungsnachweis mitgeteilt und bestätigt und war daher im vorliegenden Fall erfüllt.

6. Weil die Beschwerde Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 dieses Erkenntnis 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. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

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. Klempt