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

Geschäftszeichen: **LVwG-302387/7/BZ**

Datum: **Linz, 22. Jänner 2020**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des A C P, x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G L, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 8. Mai 2019, GZ: SanRB96-349-2018, wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangen Behörde zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 8. Mai 2019, GZ: SanRB96-349-2018, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 3 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) eine Geldstrafe in der Höhe von 4.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 132 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 400 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als verantwortlicher Beauftragter und somit als Außenvertretungsbefugter der B O gmbh mit Sitz in x, x, gemäß § 9 VStG strafrechtlich zu verantworten, dass diese Firma als Arbeitgeberin zumindest von 2.10.2018 bis 4.11.2018 den bosnischen Staatsangehörigen H E, geb. x, als Arbeiter, jedenfalls im Sinne des § 1152 ABGB entgeltlich beschäftigte, obwohl für diesen Ausländer weder eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde, noch dieser Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige ‚Rot-Weiß-Rot-Karte', ‚Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (‚ICT'), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (‚mobile ICT'), Aufenthaltsbewilligung ‚Familiengemeinschaft' mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4)' oder ‚Niederlassungsbewilligung-Künstler' oder eine ‚Rot-Weiß-Rot-Karte plus', eine ‚Aufenthaltsberechtigung plus', einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger' oder ‚Daueraufenthalt-EU' besaß.
Dieser Sachverhalt wurde von Organen des Finanzamtes Linz am 7.11.2018 um 11.00 Uhr im Lokal ‚B' in x, x, des o.a. Unternehmens nach Durchsicht der Unterlagen und durch Abfragen im Hauptverband festgestellt."

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Bf rechtzeitig Beschwerde, datiert mit 4. Juni 2019, erhoben und die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, beantragt.

Begründend wurde kurz zusammengefasst ausgeführt, dass der Bf die ihm angelastete Verwaltungsübertretung nicht begangen habe; aus den vorliegenden Beweisergebnissen sei eine angebliche Veraltungsübertretung nicht ableitbar. Die belangte Behörde habe auch kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt. Weiters sei der Bf zum Tatzeitpunkt nicht mehr bei der B O gmbh verantwortlicher Beauftragter bzw. Außenvertretungsbefugter gewesen, er sei bereits 2017 aus dem Unternehmen ausgeschieden.

I.3. Mit Schreiben vom 17. Juni 2019 hat die belangte Behörde die Beschwerde samt ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

II.1. Mit Schriftsatz vom 2. Dezember 2019 wurde das Finanzamt Linz, der Bf und die belangte Behörde darauf hingewiesen, dass der Bf vom 30. Jänner 2014 bis 23. Dezember 2016 handelsrechtlicher Geschäftsführer der B O gmbh mit Sitz in x war. Mit einer Mitteilung an die ZKO gemäß § 28a Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 2 und 3 VStG wurde der Bf als verantwortlicher Beauftragter ab 7. Mai 2014 bis auf Widerruf bestellt. Im vorgeworfenen Tatzeitraum (2. Oktober 2018 bis 4. November 2018) war der Bf somit nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer der B O gmbh. Der Bf ist entsprechend seines Vorbringens auch bereits 2017 aus dem Unternehmen ausgeschieden. Zudem wurde auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verantwortlichen Beauftragten (VwGH 26.7.2018, Ra 2018/11/0081 mwN) hingewiesen. Weiters wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu verzichten.

Im Rahmen des gewährten Parteiengehörs hat das Finanzamt Linz zusammengefasst mitgeteilt, dass unbestritten sei, dass Herr H E in der Zeit von 2. Oktober 2018 bis 4. November 2018 bei der Firma B O gmbh ohne arbeitsmarktrechtliche Beschäftigungsbewilligung als Arbeiter beschäftigt war und für seine Tätigkeit eine entsprechende Entlohnung erhalten habe. Betreffend den Bf liege eine aufrechte Bestellung als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 28a Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 2 und 3 VStG vor, welche am 5. November 2015 bei der ZKO eingelangt sei. Die Bestellung als verantwortlicher Beauftragter beginne ab 7. Mai 2014 bis auf Widerruf. Ein Widerruf gemäß § 28 Abs. 4 AuslBG sei bis dato nicht durchgeführt worden. Richtig sei, dass der Bf laut historischem Firmenbuchauszug seit 3. Jänner 2017 nicht mehr als handelsrechtlicher Geschäftsführer eingetragen sei. Weiters wurde mitgeteilt, dass gegen den handelsrechtlichen Geschäftsführer der B O gmbh, Herrn M T W, ebenfalls ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wurde und ein entsprechendes Straferkenntnis der belangten Behörde unter dem Geschäftszeichen SanRB96-348-2018 vorliege.

Der Bf und die belangte Behörde haben im Rahmen des Parteiengehörs keine Stellungnahme abgegeben.

Der rechtsfreundlich vertretene Bf hat jedoch zur Stellungnahme des Finanzamtes Linz mit Schriftsatz vom 17. Jänner 2020 im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung offensichtlich nicht begangen habe. Herr H E sei dem Bf nicht bekannt; zum Zeitpunkt, als Herr H E für die B O gmbh tätig gewesen sein soll, sei der Bf nicht mehr Geschäftsführer und in keiner Weise vertretungsbefugt für das Unternehmen gewesen. Offenbar gehe auch die belangte Behörde von keiner Verantwortung des Bf für die angebliche Verwaltungsübertretung aus, da diese ein Verwaltungsstrafverfahren gegen den aktuellen Geschäftsführer des Unternehmens eingeleitet und mit einem Straferkenntnis abgeschlossen habe. Eine Doppelbestrafung wäre unzulässig.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt. Eine öffentliche mündliche Verhandlung entfällt gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist. Im Übrigen hat keine Partei aufgrund der Mitteilung, dass beabsichtigt ist von der Durchführung einer Verhandlung abzusehen, eine solche beantragt.

II.3. Es steht folgender relevanter Sachverhalt fest:

Der Bf war vom 30. Jänner 2014 bis 23. Dezember 2016 handelsrechtlicher Geschäftsführer der B O gmbh mit Sitz in x bzw. zur Vertretung nach außen berufenes Organ (verantwortliches Vertretungsorgan iSd § 9 Abs. 1 VStG).

Mit einer Mitteilung an die ZKO, bei dieser eingelangt am 5. November 2015, gemäß § 28a Abs. 3 AuslBG iVm § 9 Abs. 2 und 3 VStG wurde der Bf als verantwortlicher Beauftragter ab 7. Mai 2014 bis auf Widerruf bestellt. Ein Widerruf ist nicht erfolgt.

Der Beschwerdeführer ist bereits 2017 aus dem Unternehmen ausgeschieden.

Anlässlich einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 7. November 2018 um 11:00 Uhr im Lokal „B" in x, x, wurde festgestellt, dass Herr H E, geb. x, bosnischer Staatsbürger, in der Zeit vom 7. Jänner 2017 bis 8. November 2018 bei der B O gmbh als Arbeiter beschäftigt war und in der Zeit vom 2. Oktober 2018 bis 4. November 2018 keine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung vorlag. Von der Finanzpolizei wurde diese Feststellung bei der belangten Behörde zur Anzeige gebracht und wurde in der Folge von der belangten Behörde das unter I.1. dargestellte Straferkenntnis gegen den Bf erlassen.

Im vorgeworfenen Tatzeitraum (2. Oktober 2018 bis 4. November 2018) war M T W handelsrechtlicher Geschäftsführer bzw. zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B O gmbh. Gegen M T W wurde ebenso ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet und ein entsprechendes Straferkenntnis erlassen.

II.4. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ergibt und unstrittig ist.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 28a Abs. 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) wird die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 und 3 des VStG für die Einhaltung dieses Bundesgesetzes erst rechtswirksam, nachdem bei der zuständigen Abgabenbehörde eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des Bestellten eingelangt ist.

Gemäß § 28a Abs. 4 AuslBG hat der Arbeitgeber den Widerruf der Bestellung und das Ausscheiden von verantwortlichen Beauftragten nach Abs. 3 der zuständigen Abgabenbehörde unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Gemäß § 9 Abs. 1 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.

Nach § 9 Abs. 2 VStG 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.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

III.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 26.7.2018, Ra 2018/11/0081 mwN) ist zwischen einem gemäß § 9 Abs. 2 letzter Satz bestellten verantwortlichen Beauftragten und einem nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG bestellten Beauftragten („verantwortliches Vertretungsorgan“) zu unterscheiden.
Der Verwaltungsgerichtshof führte dazu Folgendes aus:
„Ersterer zählt nicht zum Kreis der Vertretungsorgane, ihn trifft daher keine strafrechtliche Verantwortlichkeit kraft Gesetzes. Seine strafrechtliche Verantwortlichkeit entsteht erst mit seiner rechtswirksamen Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten durch ein Vertretungsorgan, sie kann immer nur Teilbereiche des Unternehmens umfassen und sie

setzt im Anwendungsbereich des § 23 ArbIG überdies die vorgängige Mitteilung der Bestellung an das zuständige Arbeitsinspektorat voraus. Ein verantwortliches Vertretungsorgan ist hingegen als Vertretungsorgan ex lege, umfassend um 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 hier nicht. [...]"

Weiters ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 auch nicht von der Mitteilung an die ZKO ab. Einer solchen bedarf es nicht.

Eine Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten aus dem Kreis der vertretungsbefugten Organe nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG (mit der Konsequenz des Fortfalls der Verantwortlichkeit der übrigen vertretungsbefugten Organe) ist strikt von der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs. 2 zweiter Satz VStG aus dem Kreis der „anderen Personen" (mit der Konsequenz des originären Entstehens der Verantwortlichkeit dieser anderen Person unter gleichzeitigem Fortfall derjenigen der vertretungsbefugten Organe) zu unterscheiden und gelten Spezialvorschriften wie § 28a Abs. 3 AuslBG über das Wirksamwerden der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten sowie § 28a Abs. 4 AuslBG über Mitteilungspflichten bei Widerruf der Bestellung und Ausscheiden von verantwortlichen Beauftragten nicht für den Fall der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG.

Verfahrensgegenständlich ergibt sich aus den Feststellungen, dass der Bf vom 30. Jänner 2014 bis 23. Dezember 2016 als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B O gmbh mit Sitz in x zur Vertretung nach außen berufen war (verantwortliches Vertretungsorgan iSd § 9 Abs. 1 VStG). Zum Tatzeitpunkt war der Bf nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer und auch nicht mehr im Unternehmen tätig.

In Zusammenschau mit der zitierten Rechtsprechung bedeutet das, dass die Spezialvorschriften des § 28 Abs. 3 und 4 AuslBG über die Wirksamkeit der Bestellung (bzw. den Widerruf der Bestellung und das Ausscheiden von verantwortlichen Beauftragten) nicht für den Fall der Bestellung eines verantwortlichen Vertretungsorgans nach § 9 Abs. 2 erster Satz VStG heranzuziehen sind und somit

die Mitteilung an die ZKO (als verantwortlicher Beauftragter aus dem Kreis der nach außen Vertretungsbefugten) lediglich die Konsequenz hatte, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit der übrigen handelsrechtlichen Geschäftsführer nach Maßgabe ihres Umfanges entfallen ist. Mit Beendigung seiner Eigenschaft als handelsrechtlicher Geschäftsführer und Ausscheiden aus dem Unternehmen hat somit auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bf geendet.

Im Übrigen ist auch die Beendigung der Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten nicht erst mit der Mitteilung an die ZKO wirksam. § 28a Abs. 3 AuslBG stellt lediglich ein zusätzliches Erfordernis für das Wirksamwerden einer Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten auf, gilt aber nicht für dessen Abberufung (vgl. auch VwGH 4.10.2012, 2010/09/0225 mwN).

Zusammenfassend war der Bf zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht (mehr) handelsrechtlicher Geschäftsführer und auch nicht nach außen vertretungsbefugte Person der B O gmbh. Eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung des Bf für die ihm zur Last gelegte Tat ist somit – unabhängig von der Meldung des Widerrufs nach § 28a Abs. 4 AuslBG – nicht gegeben.

III.3. Im Ergebnis war der Beschwerde daher stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 66 Abs. 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens. Im Fall der Aufhebung der Strafe sind die Kosten von der Behörde zu tragen (§ 52 Abs. 9 VwGVG).

IV. 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. Zur Frage der Wirksamkeit der Bestellung von verantwortlichen Beauftragten liegt bereits Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor und entspricht die Entscheidung – soweit ersichtlich – dieser einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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 diese Entscheidung 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 Eingabengebühr 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zauner