



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel sowie Hofrat Mag. Feiel und Hofrätin Dr. Koprivnikar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Hotz, über die außerordentliche Revision des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Graz, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Steiermark vom 30. August 2021, LVwG 33.12-1978/2021-9, betreffend Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (mitbeteiligte Partei: A B in C, vertreten durch die Neger/Ulm Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Parkstraße 1), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Graz (vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde und nun revisionswerbende Partei) vom 17. Mai 2021 wurde der Mitbeteiligte schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ einer konkret bezeichneten Gesellschaft mit beschränkter Haftung, zu verantworten, dass diese als Arbeitgeberin eine namentlich genannte bosnisch-herzegowinische Staatsangehörige vom 25. Februar 2020 bis zum 6. April 2020 beschäftigt habe, obwohl für sie keine der im Einzelnen aufgezählten arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen erteilt oder Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Er habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) begangen, weshalb über ihn - unter Anwendung des § 20 VStG - eine Geldstrafe von 700 Euro (im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 23 Stunden) verhängt wurde.
- 2 Gegen diesen Bescheid erhob der Mitbeteiligte Beschwerde.





3 Mit dem nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen angefochtenen Erkenntnis sah das Landesverwaltungsgericht Steiermark nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG von der Verhängung einer Strafe ab und erteilte stattdessen eine Ermahnung. Die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte es für nicht zulässig.

4 Das Verwaltungsgericht stellte dazu in seinem Erkenntnis folgenden Sachverhalt fest (Schreibweise im Original, Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

„Der [...] geborene [Mitbeteiligte], ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der E GmbH mit Sitz in [...]. Der [Mitbeteiligte] ist handelsrechtlicher Geschäftsführer von insgesamt 6 Tourismusbetrieben und dabei für 70 Mitarbeiter verantwortlich, wovon ein beträchtlicher Anteil der Arbeitnehmer Ausländer im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sind. Der [Mitbeteiligte] ist seit ca. 20 Jahren in der Tourismusbranche tätig. Das gegenständliche Hotel, in welchem die betroffene Ausländerin [...] gearbeitet hat, wird von der E GmbH seit ca. 8 Jahren gepachtet. Außerdem wird in der Grazer Innenstadt ein weiteres Hotel seit ca. 15 Jahren gepachtet.

Der [Mitbeteiligte] verdient ca. € 3.000,00 netto monatlich als Geschäftsführer. Der [Mitbeteiligte] ist verwaltungsstrafrechtlich unbescholten und verfügte über einen ordentlichen Lebenswandel.

Für die Einhaltung des AuslBG sind die jeweiligen Hotelmanager der E GmbH zuständig. Bei der E GmbH gibt es einen wöchentlichen Jour-fix mit allen Hotelmanagern, wobei sämtliche relevanten Angelegenheit der Vorwoche und der künftigen Woche besprochen werden. Der [Mitbeteiligte] hat die Hotelmanager regelmäßig darauf hingewiesen, dass besonders bei An- und Abmeldungen sorgfältig gearbeitet wird. Die An- und Abmeldungen werden über eine Steuerberatungskanzlei durchgeführt. Die Beschäftigungsbewilligungen werden von den Hotelmanagern direkt selbst eingeholt.

Die betroffene Ausländerin [...] hat bereits seit mehreren Jahren bei der E GmbH gearbeitet und befindet sich derzeit in einem aufrechten Beschäftigungsverhältnis.

Etwa neun Monate vor dem Tatzeitpunkt, gab es im betroffenen Hotel einen Wechsel der Hotelmanagerin. Die Situation während der Pandemie, insbesondere in der Anfangszeit, war für die betroffene Hotelmanagerin [...] sehr belastend (wie vermutlich für sämtliche Hoteldirektoren Österreichs). Es kam zu zahlreichen Stornierungen und Rückabwicklungen der Buchungen. Anfang bis Mitte 2020 wusste man auch noch nicht im Betrieb des



[Mitbeteiligten], welche Kurzarbeitsregelungen es geben wird bzw. wie viele Mitarbeiter abgemeldet werden müssen.

Zusätzlich hat es im betroffenen Hotel EDV-Probleme gegeben, wodurch ein Fehler bei der Datenübertragung passiert sein dürfte.

Die E GmbH hat die bosnisch und herzegowinische Staatsangehörige [...] im Zeitraum vom 25.02.2020 bis 06.04.2020 ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt. Eine Beschäftigungsbewilligung wurde für den Geltungszeitraum 25.02.2019 bis 24.02.2020 ausgestellt. Ein neuerlicher Antrag wurde erst am 02.04.2020 gestellt. Eine neue Beschäftigungsbewilligung wurde für den Zeitraum 14.04.2020 bis 13.04.2021 erteilt. Die Beschäftigung wurde am 17.04.2020 wiederaufgenommen.

Als handelsrechtlicher Geschäftsführer der E GmbH war der [Mitbeteiligte] für die Einhaltung des AuslBG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Weder waren die Hoteldirektorinnen Frau T noch Frau L zur verantwortlich Beauftragten für die Einhaltung des AuslBG im Sinne des § 9 Abs 2 VStG bestellt worden. Frau L war im Zeitraum vom 19.03.2016 bis 14.08.2019 gewerberechtliche Geschäftsführerin und Frau T ab 28.02.2020.“

- 5 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht davon ausgehend zusammengefasst aus, dass der Mitbeteiligte die Beschäftigung der Ausländerin nicht bestritten und diesbezüglich ein reumütiges Geständnis abgelegt habe. Sein Verhalten stelle nur ein geringgradiges Versehen dar, zumal er nicht vorsätzlich die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes habe umgehen wollen. Er sei nicht nur „absolut unbescholten“, sondern habe die Ausländerin auch zur Sozialversicherung angemeldet und sämtliche Abgaben und Beiträge geleistet gehabt. Er habe auch sofort und unverzüglich sämtliche notwendigen Maßnahmen ergriffen, um den ordnungsgemäßen Zustand wiederherzustellen. Das Abmelden von der Sozialversicherung habe für ihn „selbstverständlich auch einen erheblichen Mehraufwand bedeutet.“ Der Umstand, dass der Mitbeteiligte „seit sehr vielen Jahren unzählige ausländische Arbeitnehmer“ beschäftigt und es bisher noch keine Übertretung gegeben habe, sei äußerst selten und stelle ein sehr gewichtiges Indiz dafür dar, dass es dem Mitbeteiligten „grundsätzlich“ sehr wichtig sei, die einschlägigen verwaltungsstrafrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Dadurch, dass es bisher keine Übertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gegeben habe, müsse davon ausgegangen werden, dass es grundsätzlich ein wirksames Kontrollsystem im Betrieb des Mitbeteiligten gegeben habe. Die



Hoteldirektoren seien anscheinend ausreichend darüber aufgeklärt worden, dass die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen wichtig sei. Aufgrund des bisher stets funktionierenden Kontrollsystems und der wöchentlichen Besprechungen sowie des bisher stets funktionierenden EDV-Systems habe sich der Mitbeteiligte darauf verlassen können müssen, dass die gesetzlichen Bestimmungen auch tatsächlich eingehalten würden.

6 Da keine Erschwerungsgründe vorlägen und wegen Überwiegens der Milderungsgründe habe eine Ermahnung ausgesprochen werden können. Diese erscheine auch ausreichend, den Mitbeteiligten künftig von Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes abzuhalten.

7 Zur Generalprävention hielt das Verwaltungsgericht abschließend fest, dass im gegenständlichen Fall zu berücksichtigen gewesen sei, dass es sich im Jahr 2020 um eine besondere Situation in der Hotelbranche gehandelt habe, sodass bei einem einmaligen Ausspruch einer Ermahnung nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Verwaltungsgerichte künftig leichtfertig Ermahnungen bei Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes aussprechen würden.

8 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde, die die Zulässigkeit ihrer Revision zusammengefasst darin gelegen sieht, dass das Verwaltungsgericht von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 45 Abs. 1 Z 4 VStG abgewichen sei, wonach dessen Anwendung das kumulative Vorliegen der darin genannten Umstände voraussetze. Zudem sei die für eine Ermahnung erforderliche Voraussetzung des „geringen Verschuldens“ mangels eines wirksamen Kontrollsystems nicht vorgelegen.

9 Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

10 Die Revision ist zulässig. Sie ist auch begründet.

11 Voranzustellen ist, dass die mit dem angefochtenen Erkenntnis ausgesprochene Ermahnung zwar keine Strafe darstellt, sie aber gleichwohl nur für jene Fälle



vorgesehen ist, in denen die Voraussetzungen für die Verhängung einer Strafe gegeben sind. Der Bescheid oder das Erkenntnis hat daher einen Schuldspruch und den Ausspruch der Ermahnung zu enthalten (vgl. VwGH 18.12.2018, Ra 2016/04/0148, mwN).

- 12 Im vorliegenden Fall wurde mit der vom Mitbeteiligten erhobenen Beschwerde das behördliche Straferkenntnis „seinem gesamten Inhalt und Umfang nach“ angefochten. Indem das Landesverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis eine Ermahnung aussprach, bestätigte es daher - implizit - den behördlichen Schuldspruch. Insofern zutreffend traf es daher auch Feststellungen zur Tat und zur Verantwortlichkeit des Mitbeteiligten und setzte es sich mit dessen Verschulden auseinander.
- 13 Dabei ist jedoch zu beachten, dass Übertretungen nach § 28 Abs. 1 AuslBG nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Ungehorsamsdelikte im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG sind, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (siehe etwa VwGH 23.5.2013, 2011/09/0212, u.a.). In einem solchen Fall ist der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche strafbar, wenn er nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbilds durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. Es liegt ihm eine Unterlassung zur Last. In diesem Fall hat bei Erfüllung des objektiven Tatbilds der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft. Solange dies nicht der Fall ist, hat die Behörde (bzw. das Verwaltungsgericht) anzunehmen, dass der Verstoß bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können (vgl. VwGH 19.10.2017, Ra 2017/09/0037; 13.12.2016, Ra 2016/09/0099, u.a., je mwN).
- 14 Hat der Beschuldigte in seinem Betrieb jedoch ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte, trifft ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden. Ein derartiges, durch den Beschuldigten eingerichtetes Kontrollsystem hat daher exkulpierende Wirkung (vgl. VwGH 16.4.2019, Ra 2018/05/0163, mwN).



- 15 Daraus ist an dieser Stelle zunächst festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht bei Bejahung eines wirksamen Kontrollsystems auch keine Ermahnung hätte aussprechen dürfen. In diesem Fall hätte es dem Mitbeteiligten an dem für eine Bestrafung erforderlichen Verschulden gefehlt.
- 16 Nach dem festgestellten Sachverhalt kann jedoch im hier zu beurteilenden Fall vom Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems nicht ausgegangen werden, vermag doch eine bloß interne Aufgabenteilung ohne gleichzeitige Einrichtung eines Kontrollsystems zur Überwachung der erteilten Weisungen nicht zu exkulpieren (VwGH 14.1.2010, 2008/09/0178). Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind in diesem Zusammenhang Anweisungen zur Einhaltung der Rechtsvorschriften (des Ausländerbeschäftigungsgesetzes) nicht ausreichend, vielmehr ist darzulegen und glaubhaft zu machen, welche Maßnahmen ergriffen wurden, um die Einhaltung der erteilten Anordnungen zu gewährleisten und insbesondere welche Kontrollen eingerichtet wurden und wie sich der Verantwortliche vom Funktionieren des Kontrollsystems informiert hat (vgl. auch dazu VwGH 23.5.2013, 2011/09/0212, u.a.). Ein schlichtes „Vertrauen“ darauf, dass sich ein Arbeitnehmer weisungskonform verhält, entlastet den Arbeitgeber nicht. Selbst kurzfristige, stichprobenartige Kontrollen reichen für sich allein nicht aus, um die Annahme zu rechtfertigen, ein wirksames Kontrollsystem, von dem mit gutem Grund erwartet werden könne, dass es die Einhaltung der Ausländerbeschäftigungsvorschriften sicherstellt, liege vor (siehe ausführlich VwGH 21.12.2020, Ra 2020/09/0065, u.a.).
- 17 Gegenständlich wurden nicht einmal stichprobenartige Kontrollen behauptet. Schulungen und Betriebsanweisungen - wie etwa die hier festgestellten wöchentlichen Besprechungen mit den zuständigen Hotelmanagern - vermögen nach der Rechtsprechung als Vorsorge jedoch gegebenenfalls ein Kontrollsystem zu unterstützen, es aber nicht zu ersetzen. Auch der Hinweis auf bisher tadelloses Arbeiten von Mitarbeitern ersetzt nicht die nähere Darlegung eines wirksamen Kontrollsystems, das gewährleistet, dass unter vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwartet werden kann (VwGH 4.7.2018, Ra 2017/02/0240). Allein



aus dem vom Verwaltungsgericht herangezogenen Umstand, dass es bislang in dem Betrieb keine Übertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gegeben habe, lässt sich das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems nicht ableiten. Auch auf die Tätigkeit eines Steuerberaters darf nicht völlig vertraut werden (vgl. etwa VwGH 25.3.2010, 2008/09/0323; 21.9.2005, 2004/09/0101; zu Fehlern der EDV: VwGH 15.9.2011, 2011/09/0146).

- 18 Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG in Verbindung mit § 38 VwGVG hat das Verwaltungsgericht von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann dem Beschuldigten in diesem Fall gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens eine Ermahnung erteilt werden, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.
- 19 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraus, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen. Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift oder - wie im vorliegenden Fall - eine Ermahnung im Sinn des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (VwGH 25.4.2019, Ra 2018/09/0209, mwN).
- 20 Wie die Amtsrevision zutreffend aufzeigt, lässt sich dem angefochtenen Erkenntnis nicht entnehmen, weshalb das Landesverwaltungsgericht vom Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen für eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ausging (siehe überdies VwGH 20.3.2018, Ra 2017/03/0092, zur Verneinung eines geringfügigen Verschuldens bei Fehlen eines funktionierenden Kontrollsystems).
- 21 An dieser Einschätzung vermag auch die vom Verwaltungsgericht zur Begründung im Einzelfall herangezogene, im Jahr 2020 für die Hotelbranche



bestehende besondere Situation nichts zu ändern, traf diese doch sämtliche Betriebe gleichermaßen. Sie kann im vorliegenden Fall jedoch das Fehlen eines Kontrollsystems nicht entschuldigen. Die übrigen vom Verwaltungsgericht als strafmildernd hervorgehobenen Umstände und deren Überwiegen angesichts des Fehlens von Erschwerungsgründen wurden bereits im behördlichen Straferkenntnis ausdrücklich berücksichtigt und führten bereits dort zum Unterschreiten der Mindeststrafe im Wege der außerordentlichen Milderung der Strafe nach § 20 VStG.

- 22 Da das Landesverwaltungsgericht diese Rechtslage verkannte, belastete es sein Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.
- 23 Das angefochtene Erkenntnis war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

W i e n , am 1. März 2022

