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-301394/4/Kl/Rd**

Datum: **Linz, 7. Juli 2017**

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 Dr. Klempt über die Beschwerde des B.S., pA B. GmbH, X, W., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 21. Oktober 2016, BZ: Pol-09013-2016, wegen einer Übertretung nach dem Arbeitnehmerschutzgesetz – ASchG iVm der Bauarbeiterschutzverordnung – BauV,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 232 Euro zu leisten.

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

I. 1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Wels vom 21. Oktober 2016, BZ-Pol-09013-2016, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 1.160 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 47 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 130 Abs. 5 Z 1 iVm § 118 Abs. 3 ASchG iVm § 7 Abs. 1 und 2 Z 4 und § 161 BauV, verhängt, weil er als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als iSd § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der Firma B. GmbH, X, W. (Arbeitgeberin) zu verantworten hat, dass am 21. März 2016 (Tatzeitpunkt) auf der Baustelle Umbau O. V., V., X, ein Arbeitnehmer oa Firma, nämlich Herr S.K., völlig ungesichert in ca. 10,00 m Höhe auf dem Gebäudedach stehend mit Einweisungsarbeiten (es wurden mittels Kran Fenster in das Gebäude gehoben und durch die Einweisung sollte dem Kranführer die Arbeit erleichtert werden) beschäftigt wurde, obwohl bei Absturzgefahr Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen anzubringen sind und Absturzgefahr vorliegt an sonstigen Arbeitsplätzen, Standplätzen und Verkehrswegen bei mehr als 2,00 m Absturzhöhe. Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 7 Abs. 4 BauV idgF, wonach die Anbringung von Absturzsicherungen oder Schutzeinrichtungen entfallen kann, wenn 1. der hierfür erforderliche Aufwand unverhältnismäßig hoch gegenüber dem Aufwand für die durchzuführenden Arbeiten ist und 2. die Arbeitnehmer mittels geeigneter persönlicher Schutzausrüstung gegen Absturz gesichert sind, liegen nicht vor.

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Begründend wurde vorgebracht, dass der Arbeitnehmer K.S. Arbeitnehmer der Firma B. GmbH sei und er für diverse Bautätigkeiten auf der Baustelle "Umbau O. V.", jedoch nicht für Arbeiten am Dach, zuständig gewesen sei. Er habe dort nichts verloren gehabt. Über Befragung, weshalb er am Dach vorgefunden worden sei, habe dieser mitgeteilt, dass er erschrocken sei, als die Kontrolle des Arbeitsinspektorates stattgefunden habe. Er sei in Panik geraten und habe sich auf das Dach begeben, um einer Kontrolle zu entgehen. Der Arbeitnehmer sei nicht mit Arbeiten auf dem Dach beauftragt gewesen, zumal zu diesem Zeitpunkt keine Dacharbeiten geplant waren.

3. Der Magistrat der Stadt Wels hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht vorgelegt. Das Arbeitsinspektorat Vöcklabruck wurde am Verfahren beteiligt und äußerte sich mit Stellungnahme vom 21. Dezember 2016 dahingehend, dass der Beschwerdeführer die Verwaltungsübertretung grundsätzlich nicht bestreite. Aus Sicht der Arbeitsinspektion sei der Arbeitnehmer am betreffenden Gebäudedach gestanden

und habe bei Entladearbeiten von Fensterbauteilen mit einem Kran zugesehen. Dass dieser in Panik geraten sei und sich aus Angst auf das Dach des Gebäudes begeben habe, um einer Kontrolle zu entgehen, konnte nicht festgestellt werden. Darüber hinaus wurde auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Kontrollsystem, insbesondere in den Fällen von eigenmächtigen Handlungen von Arbeitnehmern gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften, hingewiesen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht.
Gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG kann das Verwaltungsgericht von einer Verhandlung absehen, wenn in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet wird und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat. Da von keiner Partei des Verfahrens eine mündliche Verhandlung beantragt wurde und der Sachverhalt hinreichend geklärt erscheint und vom Beschwerdeführer dem Grunde nach auch nicht bestritten wurde, konnte die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entfallen.

4.1. Folgender Sachverhalt konnte der Entscheidung zugrunde gelegt werden:

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der B. GmbH, mit dem Sitz in W., X. Eine Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten liegt nicht vor.

Anlässlich einer Baustellenkontrolle am 21. März 2016 auf der Baustelle "Umbau O. V., X, V." konnte vom Arbeitsinspektor DI (FH) C.L. festgestellt werden, dass der Arbeitnehmer K.S. der B. GmbH in ca. 10 m Höhe am Rand des Gebäudedaches stehend mit Einweisungsarbeiten (Entladearbeiten von Fensterbauteilen mittels einem Kran) beschäftigt war. An der Gefahrenstelle waren weder Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen vorhanden und war der Arbeitnehmer nicht angeseilt. Diese Feststellungen des Arbeitsinspektors wurden durch die im Akt einliegenden Fotos, auf welchen der konkrete Arbeitnehmer am Dachrand stehend zu sehen ist sowie auf den am Dachrand hinterlassenen Fußspuren und dem an der konkreten Stelle liegenden Werkzeug, hinreichend belegt.

Angaben bezüglich des im Unternehmen installierten Kontrollsystems wurden vom Beschwerdeführer in der Beschwerde nicht gemacht.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hierüber erwogen:

5.1. 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.

Gemäß § 7 Abs. 1 BauV sind bei Absturzgefahr Absturzsicherungen (§ 8), Abgrenzungen (§ 9) oder Schutzeinrichtungen (§ 10) anzubringen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 4 BauV liegt Absturzgefahr an sonstigen Arbeitsplätzen, Standplätzen und Verkehrswegen bei mehr als 2,00 m Absturzhöhe vor.

Gemäß § 7 Abs. 4 BauV kann die Anbringung von Absturzsicherungen (§ 8) oder Schutzeinrichtungen (§ 10) entfallen, wenn
1. der hiefür erforderliche Aufwand unverhältnismäßig hoch gegenüber dem Aufwand für die durchzuführenden Arbeiten ist und
2. die Arbeitnehmer mittels geeigneter persönlicher Schutzausrüstung gegen Absturz gesichert sind.

Gemäß § 130 Abs. 5 Z 1 ASchG begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe von 166 Euro bis 8.324 Euro, im Wiederholungsfall mit Geldstrafe von 333 Euro bis 16.659 Euro zu bestrafen ist, wer als Arbeitgeber/in den nach dem 9. Abschnitt weiter geltenden Bestimmungen zuwiderhandelt. Gemäß § 118 Abs. 3 ASchG gilt die Bauarbeiterschutzverordnung (BauV) als Verordnung nach diesem Bundesgesetz.

5.2. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der B. GmbH, mit dem Sitz in W., X, und ist mangels Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten iSd § 9 Abs. 2 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich iSd § 9 Abs. 1 VStG. Es hat daher der Beschwerdeführer als im gegenständlichen Fall für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften der BauV iVm dem ASchG verantwortliches Organ der Arbeitgeberin zu verantworten, dass am 21. März 2016 auf der Baustelle "Umbau O. V., X, V.", der Arbeitnehmer K.S. völlig ungesichert auf dem Gebäudedach stehend mit Einweisungsarbeiten bei einer Absturzhöhe von ca. 10 m beschäftigt wurde und trotz Absturzgefahr an der Gefahrenstelle weder Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen angebracht waren und der Arbeitnehmer auch nicht durch eine geeignete persönliche Schutzausrüstung gegen Absturz gesichert war. Der Beschwerdeführer erfüllt den objektiven Tatbestand der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung und hat diese auch zu verantworten.

5.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört

und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinn der zitierten Bestimmung ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsbeweis erbracht wird. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus. Die vom Beschwerdeführer angestrebte Entlastung ist im Sinne des § 5 Abs. 1 letzter Satz VStG nicht gelungen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Arbeitgeber durch die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems sicherzustellen, dass die arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften eingehalten werden und den Anordnungen auch entsprochen wird. Es bedarf konkreter Behauptungen, durch welche innerbetrieblichen organisatorischen Maßnahmen eine Übertretung des Gesetzes hätte verhindert werden sollen (vgl. VwGH vom 26.9.2008, 2007/02/0317 unter Verweis auf das Erkenntnis vom 23.5.2006, 2005/02/0248). Entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle der vom Verantwortlichen erteilten Weisungen erfolgt ist.

Vom Beschwerdeführer wurde zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens das in seinem Unternehmen installierte Kontrollsystem, insbesondere welche Maßnahmen er getroffen hat, um eigenmächtige Handlungen seiner Arbeitnehmer gegen die einschlägigen Vorschriften hintanzuhalten, näher dargestellt (vgl. VwGH vom 23.7.2004, 2004/02/0002, 19.10.2001, 2000/02/0228, 22.10.2003, 2000/09/0170, 23.5.2006, 2005/02/0248).

Es ist nicht Aufgabe der Behörde, ein abstraktes Modell eines den Anforderungen entsprechendes Kontrollsystem zu entwerfen (vgl. VwGH vom 29.4.2011, 2008/09/0287) oder Anleitungen zu geben, wie ein funktionierendes Kontrollsystem aussehen müsste. Die Behörde hat vielmehr das vom Unternehmer behauptete Kontrollsystem auf seine Tauglichkeit zu überprüfen (vgl. VwGH vom 27.9.1988, 87/08/0026) bzw ob dies ausreichend gestaltet ist, um mangelndes Verschulden darzulegen (vgl. VwGH vom 25.7.2007, 2004/11/0100 mit Vorjudikatur, 20.4.2004, 2003/02/0243, unter Verweis auf das Erkenntnis vom 20.12.1996, 93/02/0160 uvm.)

Der Beschwerdeführer versucht in seiner Beschwerde den Vorfall dahingehend zu erläutern, dass der betreffende Arbeitnehmer aus "Panik" vor der stattfindenden Kontrolle, die "Flucht" ergriffen und sich auf das Dach begeben habe, um einer

Kontrolle zu entgehen. Für ihn sei die Handlungsweise seines Arbeitnehmers nicht erklärlich, zumal kein Anlass für eine solche Reaktion bestanden hätte. Im Übrigen wäre der Arbeitnehmer mangels geplanter Dacharbeiten für solche auch nicht beauftragt gewesen. Diese Verantwortung kann wohl nur als Schutzbehauptung gewertet werden, zumal es weder glaubwürdig noch lebensnah erscheinen kann, dass jemand einen „Fluchtweg" nach oben wählt, wo es doch naheliegender erscheint, sich im unteren Teil des Gebäudes zu „verstecken" und dadurch die Möglichkeit des Verlassens der Örtlichkeit bestehen bliebe, anders als bei der vom Arbeitnehmer gewählten. Vielmehr geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass sich der Arbeitnehmer bereits auf dem Dach befunden hat, dort mit Einweisungsarbeiten beschäftigt war und somit der „Fluchtweg" nach unten durch den Arbeitsinspektor – welcher eine Kontrolle der Baustelle durchführte – „versperrt" war. Diese vom Beschwerdeführer dargestellte Verantwortung geht somit ins Leere und wirkt nicht schuldbefreiend, zumal er nicht dargelegt hat, welche konkreten Maßnahmen von ihm gesetzt wurden, um ein eigenmächtiges Handeln des Arbeitnehmers – hervorgerufen durch eine routinemäßige Kontrolle eines Arbeitsinspektors – zu verhindern.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass vom Beschwerdeführer keinerlei Angaben hinsichtlich des in seinem Betrieb installierten Kontrollsystems ausgeführt wurden und somit keine Überprüfung auf dessen Tauglichkeit erfolgen konnte. Aus diesem Grunde hat der Beschwerdeführer die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung auch subjektiv zu verantworten.

6. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013 sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

6.1. Die Bestimmungen des ASchG bzw der auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen haben den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer zum Ziel und sind daher entsprechende Verstöße mit einem besonderen Unrechtsgehalt der Tat behaftet, weil hierdurch genau jene Gefährdungen herbeigeführt werden, denen die genannten Bestimmungen entgegenwirken sollen. Aufgrund der fehlenden Absturzsicherungen, Abgrenzung oder Schutzeinrichtung an der Gefahrenstelle sowie der völlig ungesicherte Arbeitnehmer und der Absturzhöhe von ca. 10 m ist das Rechtsgut gegenständlich intensiv beeinträchtigt worden.

6.2. Von der belangten Behörde wurde im angefochtenen Straferkenntnis über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 1.160 Euro bei einem Strafrahmen von 166 Euro bis 8.324 Euro verhängt. Straferschwerend wurde dabei die Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer gewertet, strafmildernd die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschwerdeführers. Der Strafbemessung hat die belangte Behörde eine Schätzung der persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers, und zwar ein monatliches Nettoeinkommen von 2.500 Euro, kein Vermögen und keine Sorgepflichten, zugrunde gelegt. Dieser Schätzung ist der Beschwerdeführer in der Beschwerde nicht entgegengetreten, sodass diese auch Grundlage bei der nunmehrigen Strafbemessung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich war. Hinzu kommt noch, dass mit 17. Jänner 2017 der Konkurs eröffnet und mit 18. Jänner 2017 das Unternehmen geschlossen wurde.

Einer Herabsetzung der verhängten Geldstrafe stand die Absturzhöhe von ca. 10 m und der Umstand, dass keinerlei Absturzsicherungen und Schutzvorrichtungen an der Gefahrenstelle vorhanden waren und der Arbeitnehmer bei dieser Höhe völlig ungesichert mit Einweisungsarbeiten beschäftigt war, die ihn an den Rand des Gebäudes führten (siehe die in der Anzeige angeschlossenen Fotos), entgegen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich das Unternehmen zwischenzeitig in Konkurs befindet. Zusammenfassend konnte somit festgestellt werden, dass die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe tat- und schuldangemessen ist und im Hinblick auf den generalpräventiven Aspekt auch notwendig erscheint.

Einer Anwendung des § 20 VStG konnte seitens des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich nicht näher getreten werden, da hiefür die Voraussetzungen, insbesondere ein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe – das Vorliegen der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit allein begründet noch kein beträchtliches Überwiegen – nicht vorlagen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung und Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner

Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Diese kumulativen Voraussetzungen wurden durch den Beschwerdeführer nicht erfüllt. So kann auch im Hinblick auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Kontrollsystem, insbesondere bezüglich des eigenmächtigen Handelns des Mitarbeiters von keinem geringfügigen Verschulden ausgegangen werden.
Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ermahnung liegen gegenständlich nicht vor, schon gar nicht jene zur Einstellung des Verfahrens.

II. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind 232 Euro, aufzuerlegen (§ 52 Abs. 1 und 2 VwGVG).

III. 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 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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt