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-302767/4/GS

Datum:
Linz, 17. Dezember 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde des A S, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH & Co KG, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 28.11.2019, GZ: BHSE/919150006138/19, betreffend einer Verwaltungsübertretung nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.11.2020

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe abgewiesen, dass nach dem Wort „Berufener“ der Beisatz „,nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer,“ einzufügen ist und die verletzte Rechtsvorschrift LSD-BG um die Angaben „Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, StF. BGBl. I Nr. 44/2016, idF BGBl. I Nr. 32/2018“, zu ergänzen ist. Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde insofern Folge gegeben, als die verhängte Strafe auf 250 Euro herabgesetzt wird und die Ersatzfreiheitsstrafe zu entfallen hat.

II. Für das Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten. Der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde verringert sich auf 25 Euro, das sind 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe.

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 dem Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 28.11.2019, GZ: BHSE/919150006138/19, hat die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (in der Folge: belangte Behörde) hinsichtlich dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wie folgt entschieden:

„Sie haben als zur Vertretung nach außen Berufener Ihres Unternehmens H, zumindest am 10.10.2019 um 08:30 Uhr (Zeitpunkt der Kontrolle durch die Finanz) folgenden tschechischen Dienstnehmer als Arbeitnehmer in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit in Österreich, x (Kontrollort), als LKW-Fahrer beschäftigt, ohne diese Entsendung vor der Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn – und Sozialdumping - Bekämpfungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen mithilfe des ZKO3 Formulares zu melden:

Herr S J; geb. 17.06.1974

Die gegenständliche Firma hat somit gegen § 26 Abs. 1 Z.1 iVm § 19 Abs. 2 LSD-BG verstoßen.
Es konnte bei der Kontrolle keine ZKO Meldung vorgelegt werden. Es wurde erst am 11.10.2019 eine Meldung an die ZKO erstattet von Ihrem Unternehmen, allerdings mit dem Entsendezeitraum erst ab dem 12.10.2019.

Diese Tat wird Ihnen als gem. § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der oben näher bezeichneten Firma angelastet.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 26 Abs. 1 Z.1 iVm § 19 Abs. 2 Lohn-und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBl Nr. 44/2016 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1000,- Euro	24 Stunden	§ 26 Abs. 1 Z. 1 LSD-BG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:
100 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
1100.- Euro“

I.2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Aufhebung des Straferkenntnisses, in eventu die europarechtskonforme Herabsetzung der Strafe. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf mit dem gegenständlichen Sachverhalt überhaupt nichts zu tun habe und er darüber im Vorhinein auch nicht informiert gewesen wäre. Einem nach außen zur Vertretung

Berufenen eines Unternehmens sei die Tätigkeit seiner Arbeitnehmer verwaltungsstrafrechtlich zuzurechnen, wenn er durch konkrete Weisungen und Überprüfung der Einhaltung der Weisungen im Rahmen eines Kontrollsystems dafür gesorgt habe, dass bei der Ausübung der Tätigkeit seiner Arbeitnehmer nicht gegen verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen verstoßen werde. Zur Verhinderung sei bei H ein wirksames Kontrollsystem implementiert: Bei jeder Neueinstellung eines Fahrers erhalte dieser eine Grundschulung, in der sämtliche wesentlichen zu beachtenden Punkte und Aufgaben anhand eines Handbuches für Fahrer durchgegangen werde. Thema sei hier insbesondere auch das richtige Verhalten bei behördlichen Kontrollen samt Erörterung der jeweils mitzuführenden und vorzuzeigenden Dokumente. Abhängig von den bisherigen Arbeitserfahrungen der Fahrer nehme diese Grundschulung etwa 2-4 Wochen in Anspruch. Ob der Inhalt der Schulung verstanden worden wäre, werde durch das gezielte Stellen von Fragen an die Fahrer eruiert und es werde bei Bedarf die Einschulung entsprechend verlängert. Weiters würden spezielle einzelfallbezogene Schulungen immer dann erfolgen, wenn ein Fahrer mangelhafte Leistungen erbringe, und es werde bei dieser Gelegenheit mit dem betroffenen Fahrer genau erläutert, worin das Problem gelegen wäre, und es erfolge eine gezielte Schulung zu dem jeweiligen betroffenen Thema. Außerdem könnten auch die Fahrer selbst an ihre Vorgesetzten im Unternehmen herantreten, wenn Unklarheiten bezüglich eines Themas bestünden, und es erfolge dann ebenfalls eine gezielte Einzelschulung des jeweiligen Fahrers. Auch hier würde durch Fragen kontrolliert werden, ob die Inhalte der Nachschulungen verstanden worden wären. Abgesehen davon finde generell zweimal pro Jahr ein sogenanntes Fahrermeeting statt, wo aktuelle Informationen und Vorschriften den Fahrern zur Kenntnis gebracht und mit den Fahrern erörtert werden würden. Auch Fahrsicherheitsschulungen und AETR-Schulungen (Arbeit des Fahrpersonals des internationalen Straßenverkehrs) für die Fahrer würden mindestens einmal jährlich stattfinden. Auch hier würden die gegenständlichen Vorschriften wiederholt werden. Insgesamt habe der Bf daher alle Maßnahmen ergriffen, um sicherzustellen, dass es zu keiner Verwaltungsübertretung und insbesondere zu keinem Verstoß gegen das LSD-BG kommen würde. Das implementierte Kontrollsystem stelle sicher, dass die Fahrer wüssten, welche Unterlagen sie mitführen und bei der Kontrolle vorzuweisen hätten und es werde die Einhaltung dieser Vorschriften auch in regelmäßigen Abständen kontrolliert. Mehr könne von einem Geschäftsführer nicht verlangt werden. Den Bf treffe daher kein Verschulden iSd § 5 VStG an einer Verwaltungsübertretung. Sollte wider Erwarten davon ausgegangen werden, dass den Bf selbst doch ein Verschulden treffe, so sei sein Verschulden jedenfalls nur als äußerst gering und vernachlässigbar zu bewerten, sodass in diesem Fall sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen mit der Verhängung einer Ermahnung das Auslangen gefunden werden könne. Sollte auch die Voraussetzungen einer Ermahnung nicht vorliegen, so weise der Bf darauf hin, dass sowohl die Bemessung der Geldstrafe als auch die Verhängung der Ersatzfreiheitsstrafe nicht im Einklang mit dem Recht der Europäischen Union

stünden (Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12.09.2019, Maksimovic, C-64/18, C 140-18, C-146/18 und C-148/18). Im Erkenntnis vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034-6, habe der VwGH zur Umsetzung des EuGH-Urteils Maksimovic in das nationale Recht ausgeführt, dass nach dem zitierten Urteil des EuGH die Anordnung einer Mindeststrafe für eine derartige Übertretung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sei, weil sie auch Fälle erfasse, in denen der beanstandete Sachverhalt im Lichte der Ausführungen des EuGH nicht von besonderer Schwere sei. Auch der gegenständliche Fall sei nicht von besonderer Schwere, betreffe es doch nur einen Dienstnehmer und einen einzelnen, einmaligen Verstoß, gegen dessen Verwirklichung ohnedies ein Kontrollsystem eingeführt sei. Es sei auch zu berücksichtigen, dass beim betroffenen Unternehmen „zufällig“ drei Geschäftsführer installiert seien, sodass alle drei Geschäftsführer wegen desselben Sachverhalts gleichzeitig bestraft werden würden, was eine überbordende, europarechtswidrige Bestrafung bedeuten würde.

I.3. Mit Schreiben vom 02.07.2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Anberaumung sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.11.2020. An dieser nahmen ein Geschäftsführer der Firma H in Anwesenheit des Rechtsvertreters und ein Vertreter der Organpartei teil.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens H. Ein verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 24 LSD-BG war nicht bestellt.

Am 10.10.2019 um 08:30 Uhr führten Organe der Finanzpolizei Steyr, Team 43, in x, eine Kontrolle durch. Dabei wurde der LKW-Fahrer S J, geb. x, Arbeitnehmer der Firma H x und im Auftrag der Firma unterwegs, angehalten.

Im Zuge dieser Kontrolle wurde der LKW-Fahrer J S aufgefordert, das Sozialversicherungsdokument, die Entsendemeldung (ZKO 3 – Meldung) sowie Lohnunterlagen (Arbeitsaufzeichnungen in deutscher Sprache, Arbeitsvertrag in deutscher oder englischer Sprache) vorzulegen.

Es konnten jedoch kein Sozialversicherungsdokument A 1, keine ZKO-Meldung sowie keine Lohnunterlagen (kein Arbeitsvertrag in deutscher oder englischer Sprache) vorgelegt bzw. elektronisch zugänglich gemacht werden.

J S hatte die Mappe mit den Dokumenten zu Hause in Tschechien vergessen.

Ermittlungen ergaben, dass vom Unternehmen H. für J S zwar eine ZKO-Meldung erstattet wurde, diese jedoch bereits abgelaufen war (Entsendezeitraum 06.04.2019 bis 06.10.2019). Es wurde erst am 11.10.2019 eine Meldung mit Entsendezeitraum ab 12.10.2019 erstattet.

Bei Neueinstellung eines Fahrers im gegenständlichen Unternehmen erhält jeder Fahrer eine mehrwöchige Grundschulung, in der sämtliche zu beachtenden Punkte und Aufgaben anhand eines Handbuches (74-seitigig mit Checklisten) durchgegangen werden. J S wurde dieses Handbuch in tschechischer Sprache übergeben. Weiters erfolgen im Falle mangelhafter Leistungen spezielle einzelfallbezogene Schulungen. Für J S wurden mehrere diesbezügliche Schulungsbestätigungen vorgelegt. Darüber hinaus finden generell zweimal pro Jahr Fahrermeetings statt, bei denen den Fahrern aktuelle Informationen und Vorschriften zur Kenntnis gebracht und erörtert werden. Außerdem werden Fahrsicherheitsschulungen und AETR-Schulungen (Arbeit des Fahrpersonals des internationalen Straßenverkehrs) abgehalten.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt, insbesondere der Strafanzeige, sowie dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 12.11.2020 und ist unstrittig.

Der objektive Tatbestand wurde somit in der Beschwerde sowie vom in der Verhandlung anwesenden Geschäftsführer nicht bestritten. Eingewendet wurde, dass den Geschäftsführer jedoch kein Verschulden treffe, da ein umfangreiches Kontrollsystem eingerichtet war. Diesbezüglich wurde vom in der Verhandlung anwesenden Geschäftsführer dieses Schulungssystem eingehend und nachvollziehbar geschildert. Zur Demonstration wurde dem Gericht auch ein 74-seitiges Handbuch inklusive Checklisten und Schulungsbestätigungen des J S vorgelegt. Am Kontrolltag hatte J S seine Mappe mit den vorzuweisenden Dokumenten zu Hause in Tschechien vergessen. Die Möglichkeit des elektronischen Zugriffes der Fahrer auf vorzuweisende Dokumente war im Kontrollsystem nicht vorgesehen.

Zur abgelaufenen ZKO-Meldung wurde in der Verhandlung vorgebracht, dass diese erst ein paar Tage abgelaufen war und es sich um einen Fehler der Organisation gehandelt hat. Aufgrund des Vorfalles wurde mittlerweile ein elektronisches Vorwarnsystem eingesetzt.

Der in der Verhandlung anwesende Vertreter des Finanzamtes nahm in seiner Schlussäußerung extra Bezug auf das detailliert demonstrierte Kontroll- und Schulungssystem und verwies auf Beachtung der Rechtsprechung zum Fall Maksimovic bei der zu treffenden Entscheidung.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat rechtlich erwogen:

Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), StF: BGBl I Nr. 44/2016, in der anzuwendenden Fassung BGBl.I Nr.32/2018, regelt in den relevanten anzuwendenden Bestimmungen Folgendes:

„Formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz

Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 19.

(1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs. 3 oder Abs. 4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs. 2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs. 1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach § 23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

Verstöße im Zusammenhang mit den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

§ 26. (1) Wer als Arbeitgeber oder Überlasser im Sinne des § 19 Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen § 19 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder
2. in der Meldung oder Änderungsmeldung vorsätzlich unrichtige Angaben erstattet oder
3. die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht bereithält oder den Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse vor Ort nicht unmittelbar in elektronischer Form zugänglich macht,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu bestrafen.

(2) Wer als Beschäftiger im Falle einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die erforderlichen Unterlagen entgegen § 21 Abs. 3 nicht bereithält oder zugänglich macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5.000 Euro, im Wiederholungsfall von 1.000 Euro bis 10.000 Euro zu bestrafen."

Das Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) regelt in § 9 unter der Überschrift „Besondere Fälle der Verantwortlichkeit" Folgendes:

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

(2) 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.

(3) Eine natürliche Person, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens ist, kann für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens einen verantwortlichen Beauftragten bestellen.

(4) 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.

(5) Verletzt der verantwortliche Beauftragte auf Grund einer besonderen Weisung des Auftraggebers eine Verwaltungsvorschrift, so ist er dann nicht verantwortlich, wenn er glaubhaft zu machen vermag, daß ihm die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift unzumutbar war.

(6) Die zur Vertretung nach außen berufenen Personen im Sinne des Abs. 1 sowie Personen im Sinne des Abs. 3 bleiben trotz Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten – unbeschadet der Fälle des § 7 – strafrechtlich verantwortlich, wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben.

(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand."

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht fest, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle für den genannten Arbeitnehmer J S keine ZKO-Meldung vorgelegen ist. Gemäß § 19 Abs. 2 LSD-BG besteht für den Arbeitgeber jedoch eine diesbezügliche Verpflichtung.

Es war daher der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung eindeutig erfüllt. Als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der H hat der Bf die Tat zu verantworten.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. 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 Sinne der zitierten Bestimmungen ohne weiteres anzunehmen ist, sofern vom Beschwerdeführer kein Entlastungsnachweis 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 Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht aus.

Es ist daher zu prüfen, ob sich der Bf entsprechend sorgfältig verhalten hat, um glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Dies ist dann der Fall, wenn der Beschuldigte ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte (vgl. VwGH 16.04.2019, Ra 2018/05/0163 u.a.). Der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche einer juristischen Person kann sich nur exkulpieren, indem er die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems darlegt.

Der Bf bringt vor, dass er ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, um Übertretungen nach dem LSD-BG zu vermeiden.

Für die Darstellung eines wirksamen Kontrollsystems ist es nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erforderlich, unter anderem aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im

Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen schließlich der an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehende Anordnungsbefugte vorgesehen hat, um das Funktionieren des Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten, das heißt sicherzustellen, dass die auf der jeweils übergeordneten Ebene erteilten Anordnungen (Weisungen) zur Einhaltung arbeitnehmerschutzrechtlicher Vorschriften auch an die jeweils untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierarchie-Ebene gelangen und dort auch tatsächlich befolgt werden. Ein wirksames Kontrollsystem liegt dann vor, wenn dadurch die Überwachung der Einhaltung von Rechtsnormen jederzeit sichergestellt werden kann (VwGH 12.02.2020, Ra 2020/02/0005 mwN). Wie der Verwaltungsgerichtshof ebenfalls bereits ausgesprochen hat, vermögen Schulungen und Betriebsanweisungen als Vorsorge gegebenenfalls ein Kontrollsystem zu unterstützen, aber nicht zu ersetzen. Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen reichen ebenfalls nicht aus, die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen (VwGH 07.03.2016, Ra 2016/02/0030). Auch ersetzt der Hinweis auf bisher tadellos arbeitende Mitarbeiter 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 19.4.2017, Ra 2017/02/0036 mwN). Ein solches wirksames Regel- und Kontrollsystem muss so beschaffen sein, dass es die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lässt und zwar auch dann, wenn die Verstöße ohne Wissen und Willen des verantwortlichen Organs begangen worden sind (VwGH 30.06.1981, 3589-80). Ein krasses Fehlverhalten eines Arbeitnehmers beseitigt das Verschulden des Arbeitgebers nicht (VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0137).

Der Bf bringt vor, dass bei Neueinstellung jeder Fahrer eine mehrwöchige Grundschulung, in der sämtliche wesentliche zu beachtenden Punkte und Aufgaben anhand eines Handbuches (bei J S auch in tschechischer Sprache) durchgegangen werden, erhält. Weiters erfolgen im Falle von mangelhaften Leistungen der Fahrer spezielle einzelfallbezogene Schulungen (vorgelegte Schulungsbestätigungen des J S). Abgesehen davon finden generell zweimal jährlich Fahrermeetings statt. Zur abgelaufenen ZKO-Meldung wurde in der Verhandlung vorgebracht, dass diese erst ein paar Tage abgelaufen war und es sich um einen Fehler der Organisation gehandelt hat. Aufgrund des Vorfalles wurde mittlerweile ein elektronisches Vorwarnsystem eingesetzt.

Trotz Vorliegen dieses umfangreichen Schulungssystems kann jedoch vom Vorhandensein eines nach der Rechtsprechung geeigneten Kontrollsystems deshalb nicht die Rede sein, da sich im Nachhinein bei Ermittlungen herausgestellt hat, dass die ZKO-Meldung von J S bereits abgelaufen war und nicht rechtzeitig

um ein gültiges Dokument angesucht wurde. Das geeignete Vorwarnsystem wurde erst nach dem gegenständlichen Vorfall eingerichtet. Außerdem hätten die vom LKW-Fahrer zu Hause vergessenen Dokumente im Rahmen der Kontrolle auch elektronisch zugänglich gemacht werden können. Eine solche Möglichkeit war jedoch im dargelegten Kontrollsystem nicht vorgesehen. Durch die Schaffung einer diesbezüglichen Vorsehung der elektronischen Vorweisung von Dokumenten im Rahmen des Kontrollsystems hätte für den in der Realität wahrscheinlich leicht vorkommenden Fall des Vergessens eines Handbuches leicht Abhilfe geschaffen werden können. Insgesamt ist daher in Zusammenschau mit der dargestellten Judikatur festzustellen, dass zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht vom Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems auszugehen ist. Festgehalten wird aber, dass der Bf grundsätzlich große Bemühungen daran gesetzt hat, ein umfangreiches Kontrollsystem einzurichten und auch tatsächlich eingerichtet hat. In diesem Fall ist auch zu berücksichtigen, dass das Unternehmen eine sehr große Zahl an Fahrern (über 1000 Fahrer) beschäftigt. Bei dieser Anzahl ist die Kontrolle der Fahrer und ihres gesetzesgemäßen Verhaltens für die haftenden Geschäftsführer ein äußerst schwieriges Unterfangen ist. Dieses in der Verhandlung eingehend erläuterte eingerichtete Kontrollsystem wird im Rahmen der Strafbemessung als Milderungsgrund zu werten sein.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG 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 Verwaltungsstrafrechtes 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.

Strafmildernd ist, dass sich der Bf kooperativ, geständig verhalten hat, keine einschlägige Verwaltungsvorstrafe vorliegt, sowie das grundsätzliche Vorliegen eines umfangreichen Kontrollsystems sowie die Heranziehung von drei haftenden Geschäftsführern und die große Anzahl an beschäftigten Fahrern.

Erschwerungsgründe konnten nicht festgestellt werden. Zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen wurden keine Angaben gemacht.
Die belangte Behörde hat bei der Strafbemessung auf den Unrechtsgehalt der Tat, der ganz allgemein bei Verstößen gegen das LSD-BG als schwerwiegend zu bezeichnen ist, hingewiesen. Es wurde fahrlässige Tatbegehung angenommen. Auch wurden bei der Strafbemessung spezialpräventive Gesichtspunkte berücksichtigt, nämlich dass der Beschuldigte in Hinkunft von vergleichbaren Übertretungen abgehalten werden soll. Es wurde daher die gesetzliche Mindeststrafe ausgesprochen.

Zu beachten ist bei der Strafbemessung das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12.09.2019, zu C-64/18, insbesondere zu den Erwägungen hinsichtlich der Härte der Sanktion im Verhältnis zur Schwere des Verstoßes. Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12.09.2019, C-64/18, Rechtssache Maksimovic, wurde für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen und auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen die Verhängung von Geldstrafen, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden, als dem Unionsrecht widersprechend erkannt. Sowohl nach der darauf folgenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes mit Erkenntnis vom 15.10.2019, Ra 2019/11/0033 bis 0034, als auch mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27.11.2019, E 3530 - 3531/2019, wurde ein Widerspruch der innerstaatlichen gesetzlichen Vorschriften der §§ 26 Abs. 1 und 28 LSD-BG (bzw. der Vorgängerbestimmungen des AVRAG) zu unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Unionsrechts festgestellt. Der Verwaltungsgerichtshof erkannte daher im vorzitierten Erkenntnis, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ in § 7i Abs. 4 AVRAG unangewendet zu bleiben hat und somit bei Verletzung der Bereitstellungspflicht, auch wenn sie mehrere Arbeitnehmer betrifft, nur mehr eine einzige Strafe nach sich zieht, und eine Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe zur Durchsetzung der Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen im Licht der Ausführungen des EuGH eine nicht verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt. Der EuGH hat mit Beschluss vom 19.12.2019, C-645/18, seine vorzitierte Judikatur bekräftigt und erneut festgehalten, dass für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Meldung von Arbeitnehmern und die Bereithaltung von Lohnunterlagen Geldstrafen, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die je betroffenem Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden und zu denen im Fall der Abweisung einer gegen das Straferkenntnis erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt, dem

Unionsrecht widersprechen. Es hat daher der Verwaltungsgerichtshof jüngst in dem Erkenntnis vom 26.02.2020, Ra 2020/11/0004, hinsichtlich Nichterstattung der erforderlichen Meldung gemäß § 19 LSD-BG und Nichtbereithalten von Unterlagen gemäß § 21 LSD-BG dargelegt, dass Rechtswidrigkeit vorliegt, wenn der Strafbemessung eine gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe zu Grunde gelegt wurde und die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe vorgesehen wurde. Unter Zugrundelegung dieser richtungsweisenden Judikatur war daher im Grunde der vorzitierten Strafbemessungsgründe, insbesondere im Grunde der Unbescholtenheit des Bf bei erstmaliger Tatbegehung, mit einer Strafherabsetzung vorzugehen, wobei insbesondere auch das letztzitierte VwGH-Erkenntnis hinsichtlich Mindeststrafe zu berücksichtigen war. Es ist daher die im zitierten § 26 LSD-BG vorgesehene Mindeststrafe von 1.000 Euro außer Acht zu lassen. Im Hinblick auf die angeführten Gründe sowie auch im Hinblick darauf, dass der Beschwerdeführer voll geständig war und auch im Strafverfahren mitwirkte und sich von vornherein kooperativ zeigte und ein umfangreiches Kontrollsystem darlegte sowie drei haftende Geschäftsführer bestellt waren, war daher mit einer wesentlich geringeren Geldstrafe das Auslangen zu finden. Auch ist angesichts der Einsichtigkeit des Beschwerdeführers nicht mehr von einer weiteren Tatbegehung auszugehen. Es wird daher die verhängte Geldstrafe als tat- und schuldangemessen und den persönlichen Verhältnissen angepasst betrachtet. Im Übrigen war aber eine weitere Herabsetzung der Strafe nicht gerechtfertigt, zumal dem wesentlichen Gehalt der Norm, nämlich die Ermöglichung einer Kontrolle der Einstufung und Entlohnung des Arbeitnehmers unmittelbar vor Ort entgegengewirkt wurde. Allerdings war im Sinn der Judikatur darauf Rücksicht zu nehmen, dass der Aufforderung zur umgehenden Übermittlung entsprochen wurde. Mangels der Voraussetzung des geringfügigen Verschuldens (nicht bereitgehaltene ZKO-Meldung war abgelaufen und kein Vorsehen einer elektronischen Übermittlung) war nicht von einer Strafe abzusehen oder eine Ermahnung auszusprechen. Unter weiterem Hinweis auf das letztzitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes war auch von der Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe abzusehen.

Im Grunde der nunmehr verhängten Geldstrafe ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verfahren 1. Instanz auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe, das sind 25 Euro (§ 64 Abs. 1 und 2 VStG). Weil die Beschwerde zumindest teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

Die Spruchergänzung „als handelsrechtlicher Geschäftsführer“ ist in der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu § 9 Abs. 1 VStG begründet (vgl. etwa VwGH 12.12.1988, 88/10/0080).
Im Sinne der Judikatur des VwGH wurde der Spruch des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses hinsichtlich der verletzten Rechtsvorschrift durch die entsprechenden Angaben ergänzt.

Im Grunde der nunmehr verhängten Geldstrafe ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verfahren erster Instanz auf 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe. Weil die Beschwerde zumindest teilweise Erfolg hatte, entfällt ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133 Abs. 4 BV-G 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. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH unterliegen betriebliche Kontrollsysteme, die sich in der Regel nicht gleichen, einer einzelfallbezogenen Beurteilung durch das Verwaltungsgericht.

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. Saxinger