

Geschäftszahl:

**LVwG-S-1873/001-2023**

St. Pölten, am 23. August 2023

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Gibisch als Einzelrichter über die Beschwerde des A, vertreten durch B, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Amstetten vom 25.07.2023, \*\*\*, betreffend Bestrafung nach dem Kraftfahrgesetz 1967 (KFG 1967) zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§ 50 Verwaltungsgerichtsverfahrgesetz – VwGVG

§ 45 Abs. 1 Z 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG

§ 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG

### Entscheidungsgründe:

1. Zum bisherigen Verfahren:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde über den Beschwerdeführer deswegen, weil er als gemäß § 9 Abs. 2 VStG verantwortlicher Beauftragter der Firma C GmbH mit Sitz in \*\*\*, \*\*\*, zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft als Zulassungsbesitzerin des LKW samt Anhänger mit den behördlichen Kennzeichen \*\*\* und \*\*\* am 25.05.2023, 23:20 Uhr, im Gemeindegebiet \*\*\* auf der Autobahn \*\*\* nächst Strkm. \*\*\* Autobahn \*\*\*, \*\*\*, Fahrtrichtung \*\*\*, nicht dafür Sorge getragen

habe, dass der Zustand des genannten KFZ den Vorschriften des Kraftfahrzeuggesetzes entspricht, wobei festgestellt worden sei, dass bei dem zum angeführten Zeitpunkt am angeführten Ort von D, geb. \*\*\* gelenkten Lastkraftwagen die größte zulässige Höhe von 4 Meter um 7 cm überschritten worden sei, wegen Übertretung des § 103 Abs. 1 Z 1 Kraftfahrzeuggesetz 1967 - KFG 1967, BGBl. Nr. 267/1967 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 19/2019 i.V.m. § 4 Abs. 6 Z 1 KFG 1967, BGBl. Nr. 267/1967 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2023 gemäß § 134 Abs. 1 Z 1 Kraftfahrzeuggesetz 1967 - KFG 1967, BGBl. Nr. 267/1967 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2023 eine Geldstrafe in der Höhe von € 150,-, (Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Stunden), verhängt sowie gemäß § 64 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) ein Kostenbeitrag von € 15,- vorgeschrieben. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der objektive Tatbestand erwiesen und die Verantwortung des Beschwerdeführers gemäß § 9 Abs. 2 VStG nachgewiesen sei. Als erschwerend seien drei einschlägige Vorstrafen zu werten gewesen.

2. Zum Beschwerdevorbringen:

Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, dass zum Tatzeitpunkt bereits ein anderer verantwortlicher Beauftragter bestellt gewesen sei.

3. Ermittlungsverfahren:

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich nahm Einsicht in den vorgelegten Akt sowie in das Gewerbeverzeichnis und in das Verkehrsunternehmensregister.

4. Feststellungen:

Die C GmbH mit Sitz in \*\*\*, war zum Tatzeitpunkt Verkehrsunternehmen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates und im Sinne des Güterbeförderungsgesetzes 1995 (GütbefG).

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt im tatgegenständlichen Verkehrsunternehmen weder Verkehrsleiter noch nach außen vertretungsbefugtes Organ der C GmbH. Er hatte keinen maßgebenden Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte der C GmbH. Die dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegene

Bestellungsurkunde umfasst ebenso wie jene seines „Nachfolgers“ in dieser Funktion das gesamte Kraftfahrrecht (insb. KFG, StVO, GGBG) im gesamten Unternehmen.

5. Beweiswürdigung:

Die Feststellung beruht auf dem unbestrittenen Akteninhalt sowie auf dem Gewerberegister und dem Verkehrsunternehmensregister.

6. Rechtslage:

Die §§ 4, 103 und 134 Kraftfahrzeuggesetz 1967 - KFG 1967, BGBl. Nr. 267/1967 lauten auszugsweise:

**„§ 4. Allgemeines**

(1) ...

(6) Die Abmessungen von Kraftfahrzeugen und Anhängern dürfen nicht überschreiten

1. eine größte Höhe von 4 m, ...

**§ 103. Pflichten des Zulassungsbesitzers eines Kraftfahrzeuges oder Anhängers**

(1) Der Zulassungsbesitzer

1. hat dafür zu sorgen, daß das Fahrzeug (der Kraftwagen mit Anhänger) und seine Beladung – unbeschadet allfälliger Ausnahmegenehmigungen oder -bewilligungen – den Vorschriften dieses Bundesgesetzes und der auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen entspricht; ...

**§ 134. Strafbestimmungen**

(1) Wer

1. diesem Bundesgesetz ...  
zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 10 000 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. Bei der Einbringung von Fahrzeugen in das Bundesgebiet sind solche Zuwiderhandlungen auch strafbar, wenn sie auf dem Wege von einer österreichischen Grenzabfertigungsstelle, die auf ausländischem Gebiet liegt, zur Staatsgrenze begangen werden. Wurde der Täter wegen der gleichen Zuwiderhandlung bereits einmal bestraft, so kann an Stelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen verhängt werden. Wurde der Täter wegen der gleichen

Zu widerhandlung bereits zweimal bestraft, so können die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe auch nebeneinander verhängt werden. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe ist in diesen Fällen aber nur zulässig, wenn es ihrer bedarf, um den Täter von weiteren Verwaltungsübertretungen der gleichen Art abzuhalten. Auch der Versuch einer solchen Zu widerhandlung ist strafbar.  
...“

§§ 5 und 24a Güterbeförderungsgesetz 1995 (GütbefG), lauten auszugsweise:

### **„Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession**

§ 5. (1) Die Konzession darf nur erteilt werden, wenn neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes folgende Voraussetzungen gemäß Artikel 3 Verordnung (EG) Nr. 1071/09 erfüllt sind:

1. die Zuverlässigkeit,
2. ....

Sämtliche Voraussetzungen müssen während der gesamten Dauer der Gewerbeausübung vorliegen. Werden diese Voraussetzungen vom Gewerbetreibenden nicht mehr erfüllt, so ist die Konzession zu entziehen. Die §§ 87 bis 91 GewO 1994 bleiben hiervon unberührt. ...

(1a) Die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen sind der zur Erteilung der Konzession zuständigen Behörde alle fünf Jahre ab Erteilung der Konzession nachzuweisen. Überprüfungen im Rahmen der Erteilung einer Gemeinschaftslizenz gemäß Art. 6 in Verbindung mit Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1072/09 gelten als Überprüfung der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 Z 1 bis 4.

...  
(2) Die Zuverlässigkeit ist, abgesehen von den in Art. 6 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1071/09 geregelten Fällen, insbesondere dann nicht gegeben, wenn

1. ...
3. der Antragsteller, der Gewerbeberechtigte oder der Verkehrsleiter wegen schwerwiegender Verstöße gegen die Vorschriften über
  - a) die für den Berufszweig geltenden Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen oder
  - b) die Güterbeförderung, insbesondere die Lenk- und Ruhezeiten der Lenker, die Gewichte und Abmessungen der Kraftfahrzeuge, die Sicherheit im Straßenverkehr und der Kraftfahrzeuge und den Umweltschutz sowie die sonstigen Vorschriften in Bezug auf die Berufspflichten, rechtskräftig bestraft wurde.

(3) ...

## **ABSCHNITT VIII**

### **Erfassung der Verkehrsunternehmen Verkehrsunternehmensregister**

§ 24a. (1) Die Bundesministerin/der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie hat bei der Bundesrechenzentrum GmbH ein automationsunterstütztes zentrales Verkehrsunternehmensregister im Sinne des Art. 16 Verordnung (EG) Nr. 1071/09 zu führen. Im Register werden die im Inland konzessionierten Güterbeförderungsunternehmen erfasst. Das

Register wird zur Speicherung von Daten geführt, die erforderlich sind, um feststellen zu können, welche Güterbeförderungsunternehmen über eine Konzession verfügen, welche Verkehrsleiter oder rechtlichen Vertreter für diese Unternehmen bestellt wurden, über welche Art der Konzession diese Unternehmen verfügen, für welche Anzahl von Kraftfahrzeugen die Konzession erteilt wurde, gegebenenfalls die laufende Nummer der Gemeinschaftslizenz und der beglaubigten Kopien gemäß Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 1072/09. Weiters ist in dem Register auch die Anzahl, Kategorie und Art der schwerwiegenden Verstöße gemäß § 5 Abs. 2 Z 3 und die Namen der Personen, die für ungeeignet erklärt wurden, die Verkehrstätigkeiten eines Unternehmens zu leiten, zu erfassen.

(2) Die gemäß § 20 Abs. 5 zuständige Behörde sowie die gemäß § 21 zuständigen Verwaltungsstrafbehörden haben die erforderlichen Daten online über eine gesicherte Datenverbindung an die Bundesrechenzentrum GmbH zu übermitteln.

(3) Folgende Daten sind gemäß Art. 16 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1071/09 in das Verkehrsunternehmensregister einzutragen:

1. ...;
3. Namen der Verkehrsleiter, die zur Erfüllung der Voraussetzungen hinsichtlich Zuverlässigkeit und fachlicher Eignung benannt wurden, oder gegebenenfalls eines rechtlichen Vertreters;
4. ...;
5. Anzahl, Kategorie und Art der in § 5 Abs. 2 Z 3 genannten schwerwiegenden Verstöße, die in den vorangehenden zwei Jahren zu einer rechtskräftigen Verurteilung oder einer Bestrafung geführt haben;
6. ....

(4) ...

(7) Die Daten gemäß Abs. 3 Z 1 bis 4 sind öffentlich zugänglich.“

Die Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates lautet auszugsweise:

„ ...

#### Artikel 6

##### **Voraussetzungen bezüglich der Anforderung der Zuverlässigkeit**

(1) ...

Bei der Entscheidung darüber, ob ein Unternehmen diese Anforderung erfüllt hat, berücksichtigen die Mitgliedstaaten das Verhalten des Unternehmens, seiner Verkehrsleiter und gegebenenfalls anderer vom jeweiligen Mitgliedstaat bestimmter maßgeblicher Personen. Jede Bezugnahme in diesem Artikel auf verhängte Urteile und Sanktionen oder begangene Verstöße schließt die gegen das Unternehmen selbst, seine Verkehrsleiter und gegebenenfalls andere vom jeweiligen Mitgliedstaat bestimmte maßgebliche Personen verhängten Urteile und Sanktionen bzw. die von diesen begangenen Verstöße ein.

...

Die in Unterabsatz 1 genannten Voraussetzungen umfassen mindestens Folgendes:

a) ...

b) gegen den Verkehrsleiter oder das Verkehrsunternehmen darf in keinem

Mitgliedstaat ein Urteil wegen einer schwerwiegenden Straftat oder eine Sanktion verhängt worden sein wegen eines schwerwiegenden Verstoßes gegen Gemeinschaftsvorschriften, insbesondere in folgenden Bereichen:

- i) .....
  - ii) höchstzulässiges Gewicht und Abmessungen der Nutzfahrzeuge im grenzüberschreitenden Verkehr, ...
  - iv) Verkehrstüchtigkeit der Nutzfahrzeuge einschließlich der vorgeschriebenen technischen Überwachung der Kraftfahrzeuge, ...
- (2) Für die Zwecke von Absatz 1 Unterabsatz 3 Buchstabe b gilt Folgendes:
- a) Wurde gegen den Verkehrsleiter oder das Verkehrsunternehmen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten ein Urteil wegen einer schwerwiegenden Straftat oder eine Sanktion wegen schwerster Verstöße gegen Gemeinschaftsvorschriften gemäß Anhang IV verhängt, so führt die zuständige Behörde des Niederlassungsmitgliedstaats rechtzeitig auf geeignete Art und Weise ein ordnungsgemäß abgeschlossenes Verwaltungsverfahren, gegebenenfalls einschließlich einer Prüfung in den Räumlichkeiten des betreffenden Unternehmens, durch.

In dem Verfahren ist festzustellen, ob in Anbetracht der speziellen Gegebenheiten die Aberkennung der Zuverlässigkeit im konkreten Fall eine unverhältnismäßige Reaktion darstellen würde. Alle Feststellungen sind gebührend zu begründen und zu rechtfertigen.

...

#### Artikel 10 **Zuständige Behörden**

(1) Jeder Mitgliedstaat benennt eine oder mehrere Behörden, welche für die ordnungsgemäße Durchführung dieser Verordnung zuständig sind. Die zuständigen Behörden sind befugt,

...

c) eine natürliche Person für ungeeignet zu erklären, als Verkehrsleiter die Verkehrstätigkeit eines Unternehmens zu leiten, ...

#### Artikel 14 **Erklärung der Nichteignung des Verkehrsleiters**

(1) Wird einem Verkehrsleiter die Zuverlässigkeit nach Artikel 6 aberkannt, so erklärt die zuständige Behörde diesen Verkehrsleiter für ungeeignet, die Verkehrstätigkeiten eines Unternehmens zu leiten. ...

### **KAPITEL VI SCHLUSSBESTIMMUNGEN**

#### Artikel 22 **Sanktionen**

(1) Die Mitgliedstaaten legen die Regeln für Sanktionen bei Verstößen gegen die Bestimmungen dieser Verordnung fest und treffen alle erforderlichen Maßnahmen für deren Anwendung. Die vorgesehenen Sanktionen müssen

wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Vorschriften spätestens 4. Dezember 2011 mit und unterrichten sie unverzüglich über alle sie betreffenden späteren Änderungen. Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass alle diese Maßnahmen ohne Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Ortes der Niederlassung des Unternehmens angewandt werden.

(2) Die in Absatz 1 genannten Sanktionen umfassen insbesondere die Aussetzung der Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers, den Entzug dieser Zulassung und eine Erklärung der Nichteignung des Verkehrsleiters.

...“

§ 91 Abs. 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) lautet:

„**§ 91.** (1) ...

(2) Ist der Gewerbetreibende eine juristische Person oder eine eingetragene Personengesellschaft und beziehen sich die im § 87 angeführten Entziehungsgründe oder der in § 85 Z 2 angeführte Endigungsgrund sinngemäß auf eine natürliche Person, der ein maßgebender Einfluß auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, so hat die Behörde (§ 361) dem Gewerbetreibenden eine Frist bekanntzugeben, innerhalb der der Gewerbetreibende diese Person zu entfernen hat. Hat der Gewerbetreibende die genannte natürliche Person innerhalb der gesetzten Frist nicht entfernt, so hat die Behörde die Gewerbeberechtigung zu entziehen.“

§ 9 VStG lautet auszugsweise:

#### **„Besondere Fälle der Verantwortlichkeit**

**§ 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) ...

(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) ...

(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.“

## 7. Erwägungen:

In seinem Urteil vom 11. Mai 2023, C-155/22, sprach der EuGH Folgendes aus:

„Art. 22 der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers und zur Aufhebung der Richtlinie 96/26/EG des Rates in der durch die Verordnung (EU) Nr. 517/2013 des Rates vom 13. Mai 2013 geänderten Fassung in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1071/2009 in der geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Person, die für in einem Kraftverkehrsunternehmen begangene Verstöße strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird und deren Verhalten bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit dieses Unternehmens berücksichtigt wird, eine Person zum für die Einhaltung der Vorschriften des Unionsrechts über die Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer verantwortlichen Beauftragten bestellen und damit diesem Beauftragten die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verstöße gegen diese Vorschriften des Unionsrechts übertragen kann, wenn das nationale Recht es nicht erlaubt, die diesem Beauftragten zur Last gelegten Verstöße bei der Beurteilung, ob das Unternehmen die Anforderung der Zuverlässigkeit erfüllt, zu berücksichtigen.“

Aus Sicht des erkennenden Gerichts ist diese zu einem Anlassfall aus dem Bereich des Arbeitszeitgesetzes ergangene Entscheidung auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden, da Artikel 6 der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 auch die in das von der verfahrensgegenständlichen Bestellsurkunde uneingeschränkt einbezogene KFG fallenden Delikte umfasst. Diese Delikte sind mit Strafen bis hin zu primären Freiheitsstrafen bedroht.

Für das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren bedeutet dies Folgendes:



Zentral erscheint die Frage, ob die zitierte Vorabentscheidung nur die an die angefochtene Bestrafung anzuknüpfende Zuverlässigkeitsprüfung – und somit nicht das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren – betrifft oder ob die Vorabentscheidung im Sinne einer Unwirksamkeit auf die Bestellung des Beschwerdeführers (und seines nunmehrigen Nachfolgers) als verantwortlicher Beauftragter durchschlägt. Den Ausgangspunkt zur unionsrechtskonformen Beantwortung dieser Frage bilden die wörtlich wie folgt abschließenden Ausführungen des VwGH in seinem den Anlassfall vor dem EuGH betreffenden Erkenntnis Ro 2020/11/0016, 0017:

„Daran ändert der Einwand des Verwaltungsgerichts nichts, die Bestrafung (bloß) des verantwortlichen Beauftragten reiche nicht aus, um die Entziehung der Zulassung des Kraftverkehrsunternehmens als wirksame Sanktion iSd. Art. 13 und 22 der EG-Verordnung Nr. 1071/2009 zu ermöglichen, weil es gegenständlich nicht um ein diesbezügliches Entziehungsverfahren geht. Im Übrigen ist das Verwaltungsgericht auf Art. 6 Abs. 1 Unterabsatz 2 zweiter Satz leg. cit. zu verweisen, der nicht ausschließt sondern vielmehr nahelegen scheint, dass im Entziehungsverfahren auch gegen verantwortliche Beauftragte (als eine vom Mitgliedstaat - hier durch § 9 VStG - „bestimmte maßgebliche Person“) verhängte Sanktionen zu berücksichtigen sind.“

Im ersten Schritt deckt sich dieser Ansatz mit jenem des EuGH. Darüber hinaus gebietet die Vorabentscheidung jedoch zusätzlich bereits im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren die Prüfung, ob die nationale Rechtsordnung die unionsrechtlich verpflichtende Zuverlässigkeitsprüfung in Fällen wie dem vorliegenden auch tatsächlich gewährleistet.

Diese Prüfung der nationalen Rechtsordnung ergibt jedoch, dass die unionsrechtlich verpflichtende Zuverlässigkeitsprüfung in Fällen wie dem vorliegenden sogar in mehrfacher Weise sowohl rechtlich als auch faktisch so gut wie ausgeschlossen ist:

#### Keine Eintragung der Vorstrafen im Verkehrsunternehmensregister:

Die Ausführungen des VwGH, denen zufolge „im Entziehungsverfahren“ gegen verantwortliche Beauftragte verhängte Sanktionen zu berücksichtigen seien, setzen gedanklich ein bereits eingeleitetes Entziehungsverfahren voraus. § 24a Abs. 3 Z 5 GütbefG erlaubt jedoch nicht die Eintragung von Bestrafungen wie jener des Beschwerdeführers in das Verkehrsunternehmensregister. Damit stellt § 24a Abs. 3

Z 5 GütbefG im Sinne der Entscheidung des EuGH eine nationale Vorschrift dar, die es nicht erlaubt, „die diesem Beauftragten zur Last gelegten Verstöße bei der Beurteilung, ob das Unternehmen die Anforderung der Zuverlässigkeit erfüllt, zu berücksichtigen“.

Weiters entwertet § 24a Abs. 3 Z 5 GütbefG auch die vermeintlich vorbeugende Vorschrift des § 5 Abs. 1a GütbefG, weil sich der dort auf den Gewerbeinhaber überwälzte periodische Nachweis seiner Zuverlässigkeit in der Praxis wohl auf die Vorlage des Auszugs aus dem somit nicht vollständigen Verkehrsunternehmensregister beschränken lässt. Somit muss sowohl rechtlich als auch faktisch die vom VwGH angedachte Einbeziehung von Bestrafungen wie der gegenständlichen „im Entziehungsverfahren“ schon an dessen zwangsläufig ausbleibender Einleitung scheitern.

#### Kein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte:

In seinem Erkenntnis zu Ra 2021/04/0125 hat der VwGH jüngst betont, dass die GewO 1994 von einem einheitlichen Verständnis für den mehrfach geregelten Begriff „maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte“ ausgeht. Der dort zitierten Rechtsprechung können als typische Beispiele der handelsrechtliche Geschäftsführer sowie der Alleingesellschafter entnommen werden. Zweifelsohne steht einem verantwortlichen Beauftragten wie dem Beschwerdeführer kein nur annähernd vergleichbarer Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zu.

Offenbar sieht das auch der zuständige Bundesminister so: Bei der jährlichen Tagung der Gewerbereferenten 2021 aller Bundesländer und des Bundes in \*\*\* im September 2021 wurde (unter dem Tagesordnungspunkt 31) § 9 Abs. 2 letzter Satz VStG erörtert und vertrat das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort dazu im Ergebnis den Rechtsstandpunkt, dass ein Verfahren zur Entziehung der Gewerbeberechtigung aufgrund einer Bestrafung eines gemäß § 9 Abs. 2 letzter Satz VStG verantwortlichen Beauftragten „in der Regel nicht zur Anwendung kommen kann.“ (Quelle: Protokoll der Gewerbereferententagung 2021 unter \*\*\*)

Damit stellt auch § 91 Abs. 2 GewO 1994 im Sinne der Entscheidung des EuGH eine nationale Vorschrift dar, die es nicht erlaubt, „die diesem Beauftragten zur Last gelegten Verstöße bei der Beurteilung, ob das Unternehmen die Anforderung der Zuverlässigkeit erfüllt, zu berücksichtigen“.

Kein zwingend auf die Entziehung der Gewerbeberechtigung abzielendes Verfahren:

Artikel 22 der VO 1071/2009 fordert, dass die Sanktionen insbesondere die Aussetzung der Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers und den Entzug dieser Zulassung umfassen müssen. Im Unterschied dazu sieht der von § 5 Abs. 1 GütbefG ausdrücklich unberührte § 91 Abs. 2 GewO 1994 lediglich die Entfernung einer unzuverlässigen Person mit maßgeblichem Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte vor. In Verbindung mit einer entsprechend – hier sogar als beschwerdetragend vorgebrachten – rotierenden Bevollmächtigung gemäß § 9 Abs. 2 VStG würde dies einen periodischen Austausch verantwortlicher Beauftragter ermöglichen und somit die unionsrechtlich gebotene Entziehung der Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers trotz laufend schwerer Übertretungen dauerhaft unterbinden, weil der Verlust der Zuverlässigkeit nur der jeweiligen natürlichen Person anstatt dem Verkehrsunternehmen zugerechnet wird. Bei der Beurteilung, ob eine Bestellung gemäß § 9 Abs. 2 VStG als wirksam anzusehen ist, hat dahingestellt zu bleiben, ob schon die Deliktsschwere im Anlassfall allein bei einer natürlichen Person als Gewerbeberechtigtem geeignet wäre, ein Verfahren zur Entziehung der Gewerbeberechtigung nach sich zu ziehen. Vielmehr ist abstrakt ex ante zu prüfen, ob die Bestellung die Verantwortung für Delikte einer dazu ausreichenden Deliktsschwere mitumfasst. Das ist im vorliegenden Fall unzweifelhaft gegeben, zumal von der übertragenen Verantwortung selbst unter der Androhung von Freiheitsstrafen stehende Delikte erfasst sein sollen. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass derartige Delikte unionsrechtlich eine zwingende Prüfung der Zuverlässigkeit auslösen sollen. Eine Rechtslage, die diese Konsequenz bei sonst gleichem Sachverhalt bei juristischen Personen abwenden lässt, kann mit dem hier relevanten Unionsrecht nicht in Einklang gebracht werden. Auch damit stellt § 91 Abs. 2 GewO 1994 im Sinne der Entscheidung des EuGH eine nationale Vorschrift dar, die es nicht erlaubt, „die diesem Beauftragten zur Last gelegten Verstöße bei der Beurteilung, ob das Unternehmen die Anforderung der Zuverlässigkeit erfüllt, zu berücksichtigen“.

Daran vermag die vergleichsweise strengere Regelung des § 5 Abs. 1 GütbefG, der zufolge bei Verlust der Zuverlässigkeit mit der Entziehung der Konzession vorzugehen ist, schon deshalb nichts zu ändern, weil diese Bestimmung ausdrücklich

nur auf die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellt, dem im Fall einer juristischen Person die Unzuverlässigkeit ihrer Organe eben nicht zugerechnet wird.

Keine abschreckende Wirkung auf das Verkehrsunternehmen:

Wird einem zur Vertretung nach außen berufenen Organ einer GmbH eine Verwaltungsübertretung angelastet, so sind bei der Strafbemessung die Einkommensverhältnisse, Vermögensverhältnisse und Familienverhältnisse dieses Organs zu berücksichtigen und nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der GmbH, weil die Haftungsbestimmung des § 9 Abs. 7 VStG die Regelung des § 19 Abs. 2 VStG über die Strafbemessung unberührt lässt (VwGH 87/03/0055). § 9 Abs. 7 VStG und § 19 VStG führen somit im wirtschaftlichen Ergebnis gemeinsam dazu, dass die Geldstrafe weder die juristische Person noch ihr Organ abschreckt. Dazu kommt, dass die nationale Rechtslage es im Fall regelmäßig wechselnder verantwortlicher Beauftragter nicht erlaubt, die im Unternehmen historisch insgesamt erfolgten Gesetzesverstöße bei der Strafbemessung erschwerend zu berücksichtigen. Vielmehr hat die Verwaltungsstrafbehörde den Straferschwerungsgrund der einschlägigen Vorstrafen ohne Rücksicht auf die zur unionsrechtlich gebotenen Abschreckung einzig geeignete „Vorgeschichte“ im Unternehmen auf die Person des – wie im vorliegenden Fall des „Nachfolgers“ unbescholtenen – verantwortlichen Beauftragten zu beschränken. Es liegt auf der Hand, dass eine derart von der einschlägigen Vorgeschichte im Unternehmen entkoppelte Strafbemessung keine für das Unternehmen abschreckende Wirkung entfalten kann.

Die unmittelbare Anwendung und den Vorrang von unionsrechtlichen Bestimmungen haben sowohl die Gerichte als auch die Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten zu beachten. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht als Organ eines Mitgliedstaats verpflichtet, in Anwendung des in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatzes der Zusammenarbeit das unmittelbar geltende Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es dem Einzelnen verleiht, zu schützen, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig ob sie früher oder später als das Unionsrecht ergangen ist, - falls eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist - aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt (VwGH 2015/04/0004).

Ist die Herbeiführung eines unionsrechtskonformen Zustandes auf unterschiedlichem Weg möglich, darf im Wege der Verdrängung von innerstaatlichem Recht nur jene von mehreren unionskonformen Lösungen zur Anwendung gelangen, mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt (VwGH 2015/04/0004).

Nationales Recht, das im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, ist verdrängt. Die Verdrängungswirkung des Unionsrechts hat zur Folge, dass die nationale Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Unionsrecht steht. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf also bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dabei sind die unionsrechtlichen Erfordernisse in das nationale Gesetz „hineinzulesen“ (VwGH 2015/04/0004).

Das erkennende Gericht hat daher zur Sicherstellung der unionsrechtlich gebotenen abschreckenden Wirkung der an das Strafverfahren anknüpfenden nationalen Bestimmungen über die Zuverlässigkeitsprüfung des Verkehrsunternehmens die Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers (wie auch seines „Nachfolgers“) im gegenständlichen Fall zu verneinen. Andernfalls würde der am Beschwerdeführer verbrauchte Strafverfolgungsanspruch den Weg zum Regelungsziel der Verordnung 1071/2009 versperren, die vom Unternehmen zu tragenden Folgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG auf die Tragung der in Geld bemessenen Unrechtsfolgen beschränken und damit auf unzulässige Weise einkalkulierbar und nicht mehr abschreckend machen (VwGH Ra 2018/11/0118).

#### Das bedeutet im Ergebnis:

Im vorliegenden Fall besteht die einzige und zugleich schonendste Möglichkeit des erkennenden Gerichts, ein für eine unionsrechtskonforme Zuverlässigkeitsprüfung anknüpfungstaugliches Verwaltungsstrafverfahren zu gewährleisten, darin, eine dazu innerstaatlich untaugliche Bestrafung des weder von § 91 Abs. 2 GewO 1994 noch

von § 24a Abs. 3 Z 5 GütbefG erfassten Beschwerdeführers dadurch abzuwenden, dass § 9 Abs. 2 letzter Satz VStG unangewendet bleibt.

8. Zur Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil zur Frage, ob zur Vermeidung einer unionsrechtswidrigen Regelungslücke im Einzelfall eine Bestellung nach § 9 Abs. 2 letzter Satz VStG im Strafverfahren im Sinne des gelindesten Mittels als unwirksam zu betrachten ist, eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Auswirkungen der zitierten Vorabentscheidung des EuGH fehlt.