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-800204/11/Bm/KaL

Datum:

Linz, 26. Mai 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 Mag. Bismaier über die Beschwerde des Herrn C. R. S., vertreten durch Rechtsanwälte Dr. H. K., Mag. W. S., x, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 13. April 2016, GZ: Ge96-69-2015, wegen Verwaltungsübertretungen nach der GewO 1994 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Mai 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. 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

Zu I.:

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 13. April 2016, GZ: Ge96-69-2015, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994, § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 und § 367a GewO 1994 Geldstrafen zu 1. und 2. in der Höhe von 540 Euro und zu 3. in Höhe von 360 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 30 Stunden) verhängt.

Dem Schuldspruch liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:
„ Sie haben

am	um (von – bis Uhr)	in
30.04.2015	bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei	S, x

folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Bei der Kontrolle mit der Finanzpolizei am 30.04.2015 im Lokal der A. S. K.f.t. in S, x wurde von Organen der Polizeiinspektion Lambach in Anwesenheit von Vertretern des BPK Wels-Land und der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land folgende Verwaltungsübertretungen festgestellt, welche Sie als Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der A. S. K.f.t. mit Sitz in H, x, zu verantworten haben:

1.
Die A. S. K.f.t. mit Sitz in H, x, betreibt am angeführten Ort ein Sportwettlokal. Zum Zeitpunkt der Kontrolle waren zwei Ihrer Mitarbeiterinnen Frau S. P. und Frau A. S. im Lokal anwesend. Frau P. gab an, das Geld für Ihre Arbeit von Ihnen zu erhalten, wodurch Sie eindeutig als Betreiber auftreten. Am 30.04.2015 waren im Lokal zwei Wettterminals aufgestellt, wovon einer nicht im Betrieb war. Weiters war im Lokal ein Biergetränkeautomat aufgestellt. Hinter der Bar war ein Kühlschrank, in welchem PET-Falschen gespritzter Wein sowie Red-Bull eingelagert waren, aufgestellt. Hinter dem Tresen waren mehrere Packungen Chips, Snips, Erdnüsse und dergleichen offensichtlich zum Verkauf aufgestellt. Im Wettlokal befanden sich mehrere Tische sowie dazugehörige Sitzgelegenheiten, wobei ein Tisch als Stammtisch gekennzeichnet war. Auf jedem Tisch waren Aschenbecher vorhanden. Insgesamt waren ca. 25 Sitzmöglichkeiten an Tischen sowie mehrere Stehangelegenheiten mit dazugehörigen Tresentischen vorhanden. Im Lokal befanden sich zu Zeit der Kontrolle 5 Personen, welche Bier in Flaschen konsumierten. Im Lokal selbst waren insgesamt 7 TV-Bildschirme aufgehängt.

Aus genannten Beobachtungen hat die Behörde befunden, dass die Möglichkeit, Getränke zu beziehen, zum laufenden Geschäft gehört und auch von einem Großteil der Kunden erwartet wird. Weiters halten Sie die übrige Infrastruktur, wie Tische und Sitzplätze bereit, was der Ausübung eines (reglementierten) Gastgewerbes anzurechnen ist. Somit ergeben die einzelnen Dienstleistungen in ihrer Gesamtheit eine gastgewerbliche Tätigkeit. Da die Ausschank und der Verkauf von alkoholischen Getränken auch durch

Automaten außerhalb der Betriebsräume des Gastgewerbebetreiben verboten ist, ist im gegenständlichen Fall ebenfalls von einem Betrieb ‚Gastgewerbe' im Sinne des § 111 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 auszugehen.

Gemäß § 112 Abs. 1 wird ein Gastgewerbe auch dann ausgeübt, wenn einzelne Dienstleistungen, die in ihrer Gesamtheit eine gastgewerbliche Tätigkeit, wie die Verabreichung von Speisen jeder Art und der Ausschank von Getränken, ergeben, gesondert von zwei oder mehreren Unternehmern für dieselben Leistungsempfänger und im selben Standort erbracht werden.

Sie haben daher – zusammenfassend gesehen – zum genannten Zeitpunkt an diesem Ort das reglementierte Gewerbe „Gastgewerbe" selbständig, im rechtlichen Sinne regelmäßig und in der Absicht ausgeübt, einen Ertrag zu erzielen und besitzen keine entsprechende Gewerbeberechtigung. Sie haben dieses Gewerbe also ausgeübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

2.
Die A. S. K.f.t. mit Sitz in H, x/ hat das oben beschriebene, gewerblich betriebene Lokal – eine nach § 74 GewO genehmigungspflichtige Betriebsanlage – ohne die erforderliche Genehmigung betrieben:

Das Lokal ist eine gewerbliche Betriebsanlage im Sinne des § 74 Abs. 1 GewO 1994, da sie örtlich gebunden und dazu bestimmt ist, einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen. Die Genehmigungspflicht für deren Betreiben besteht insofern, da die Betriebsanlage wegen ihrer Betriebsweise und Ausstattung geeignet ist,

- das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs. 1 Z 4 lit. g angeführten Nutzungsrechte; § 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994;
- die Nachbarn durch Lärm zu belästigen; § 74 Abs. 2 Z 2 GewO 1994;
- die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Verkehrsflächen zu und von der Anlage wesentlich zu beeinträchtigen (Kundenfahrzeuge); § 74 Abs. 2 Z 4 GewO 1994.

Für den genannten Standort besteht keine Genehmigung für einen öffentlichen Lokalbetrieb bzw. ein Gastgewerbe.

3.
Weiters haben Sie als Geschäftsführer der A. S. K.f.t. im genannten Standort es unterlassen, dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen der Gewerbeordnung in Verbindung mit dem Oberösterreichischen Jugendschutzgesetzes eingehalten wurden, da am 30.04.2015 um 12:00 Uhr anlässlich der Kontrolle festgestellt wurde, dass im

angeführten Betrieb kein Anschlag über das Verbot der Alkoholabgabe an Jugendliche angebracht war, obwohl gemäß § 114 GewO 1994 Gewerbetreibende an einer geeigneten Stelle der Betriebsräume einen Anschlag anzubringen haben, auf dem deutlich auf das angeführte Verbot hingewiesen wird." [Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Bf durch seine anwaltliche Vertretung innerhalb offener Frist Beschwerde eingebracht und darin im Wesentlichen ausgeführt, der Bf sei bis 29. Februar 2016 Wettschalterangestellter der A. R. K.f.t. in U gewesen. Betreiberin des Lokals in der x, S, sei die A. S. Zwar sei der Bf bis Ende September 2014 selbst Betreiber des gegenständlichen Geschäftslokales gewesen, allerdings sei dieses mit Wirkung vom 1. Oktober 2014 an die A. R. K.f.t. verkauft worden. Seit Mitte Oktober 2014 sei der Bf bloß einfacher Angestellter in diesem Geschäftslokal. Der Bf verfüge über keinerlei selbstständige Vertretungsbefugnisse seiner Dienstgeberin, geschweige denn sei er Geschäftsführer des u Unternehmens. Tatsächlich sei dem Bf seitens seiner Dienstgeberin eine Einzelvollmacht erteilt worden, wonach er mit der Unterzeichnung des Mietvertrags ob des gegenständlichen Geschäftslokales ausdrücklich beauftragt worden sei. Hintergrund sei gewesen, dass die Geschäftsführerin der A. R. K.f.t. zur Mietvertragsunterzeichnung nicht nach Österreich habe kommen können. Die erteilte Vollmacht beschränke sich allerdings auf dieses eine Rechtsgeschäft. Offensichtlich sei bei der Errichtung des Mietvertrages durch die Vermieterin irrtümlich bei dem bei dem i.A. unterzeichnenden Bf der Zusatz „GF in Österreich" angefügt worden. Dabei handle es sich allerdings um ein Versehen durch die Vertragserrichterin und sei der Bf zu keiner Zeit irgendjemanden gegenüber als Geschäftsführer der A. R. K.f.t. aufgetreten.

Die Behörde führe aus, dass zum angeblichen Tatzeitpunkt der Bf noch über ein aufrechtes Gewerbe für die „Vermittlung von Kunden zu Buchmachern/Wettbüros" sowie ein „Handelsgewerbe" mit einer weiteren Betriebsstätte im gegenständlichen Geschäftslokal angemeldet gehabt hätte. Dem sei entgegenzuhalten, dass der Bf das gegenständliche Geschäftslokal bereits im Oktober 2014 mit Übergangsstichtag 1. Oktober 2014 an die Firma A. R. verkauft habe. Aus diesem Grund habe auch der Bf bei der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land als Gewerbebehörde vorgesprochen, um seine Gewerbeberechtigungen zurückzulegen. Seitens der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land sei er jedoch diesbezüglich an die Wirtschaftskammer verwiesen worden. In der Folge habe der Bf von dieser eine bzw. für jeden Standort eine „Nichtbetriebsanmeldung" erhalten, in welcher das Ruhen der Gewerbeausübung ab 15. Oktober 2014 an beiden Standorten bestätigt worden sei. Erst später, etwa im Frühjahr 2015 habe der Bf erfahren, dass er bei der Gewerbebehörde nach wie vor als Gewerbeinhaber der beiden Standorte in M und S geführt werde, obwohl die Wirtschaftskammer Oberösterreich die Nichtbetriebsmeldung auch an die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land gesendet

habe. Jedenfalls habe der Bf ab 15. Oktober 2014 kein Gewerbe mehr ausgeübt und sei dieser Umstand der belangten Behörde sehr wohl bewusst.

Gelegentlich erhalte der Bf von seiner Dienstgeberin auch den Auftrag, die Auszahlung der Gehälter an die Dienstnehmer im Geschäftslokal in S durchzuführen. Dabei handle es sich jedoch nicht um ein Privileg des Bf, welches ihn einem Geschäftsführer gleichstelle, sondern lediglich um einen internen Auftrag, welcher darüber hinaus nicht nur dem Bf sondern auch anderen Mitarbeitern erteilt werde. Bei dem gegenständlichen Geschäftslokal handle es sich um ein Wettbüro/lokal. In dieses sei der Eintritt unter 18 Jahren verboten und befindet sich auch auf der Eingangstüre für jedermann gut erkennbar eine entsprechende Aufschrift. Im gegenständlichen Geschäftslokal würden sich einige Tische, Sitzbänke und Stehtische, welche es den Kunden ermöglichen, in aller Ruhe ihre Wettscheine auszufüllen und allenfalls ihre getätigten Wetten auf einem der Monitore beobachten zu können. Der Bf sei Wettschalterangestellter; nicht in seinem Aufgabenbereich enthalten sei die Bewirtung der Besucher des Wettlokales mit Getränken oder gar Speisen. Weder habe der Bf dies jemals gemacht, noch habe er einen entsprechenden Auftrag erhalten.

Die einzige Möglichkeit der Besucher an Getränke zu kommen sei, sich selbst bei dem im Wettlokal befindlichen Getränkeautomaten zu bedienen. Dieser werde weder vom Bf bedient, noch befüllt und profitiere der Bf auch in keinster Weise von dem Konsum der Besucher. Der Getränkeautomat werde von der B. AG bewirtschaftet.

Die Vorwürfe in dem angefochtenen Straferkenntnis seien verfehlt und würden ausdrücklich bestritten, da es sich bei dem Bf nicht um den Geschäftsführer der A. R. K.f.t. handle und dieser daher auch für allfällige Verfehlungen seiner Dienstgeberin als bloßer Angestellter ohne Vertretungsbefugnis keinesfalls zur Verantwortung gezogen werden könne.

Es werden daher die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge

- das angefochtene Straferkenntnis aufheben und das Verfahren gegen den Bf einstellen; in eventu
- das angefochtene Straferkenntnis aufheben und zur neuerlichen Verhandlung an die belangte Behörde zurückverweisen; in eventu
- das angefochtene Straferkenntnis aufheben und eine bloße Ermahnung erteilen; in eventu
- die verhängte Strafe mildern.

jedenfalls eine mündliche Verhandlung durchführen.

Die Behörde habe entgegen des Antrages des Bf von der zeugenschaftlichen Einvernahme der Geschäftsführerin der A. R. K.f.t. abgesehen.
Dadurch habe die belangte Behörde allerdings gegen das Verbot der antizipierenden Beweiswürdigung verstoßen. Die Geschäftsführerin könne bestätigen, dass der Bf keinesfalls Geschäftsführer der A. R. K.f.t. sei bzw. auch beim Abschluss des Mietvertrages über das Geschäftslokal lediglich eine Einzelbevollmächtigung erhalten habe. Die zeugenschaftliche Einvernahme hätte weiters ergeben, dass es sich bei dem Bf lediglich um einen Angestellten ohne jegliche Vertretungsbefugnisse handle. Die vorgreifende Beweiswürdigung durch die belangte Behörde führe dazu, dass das bekämpfte Straferkenntnis mit Verfahrensmängeln behaftet und daher aufzuheben sei. Im Übrigen gründe das angefochtene Straferkenntnis auch auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung, welche bereits bei der Qualifikation des Bf als Geschäftsführer bzw. Gewerbetreibender beginne. Wie der Bf bereits wiederholt ausgeführt habe, handle es sich bei diesen um einen bloßen Angestellten der A. R. K.f.t.. Weder handle es sich bei ihm um den Geschäftsführer noch um einen sonstigen zur Vertretung nach außen berufenen Mitarbeiter. Der Bf sei nicht im Gewerberegister als Geschäftsführer oder Prokurist eingetragen. Das gegenständliche Wettlokal werde nicht auf Rechnung und Gefahr des Bf betrieben und erziele dieser auch (über das aufgrund des Dienstverhältnisses zustehende monatliche Entgelt hinaus) überhaupt keine Erträge aus dem Betrieb des Geschäftslokales der A. R. K.f.t., weshalb bereits der Tatbestand des § 1 GewO 1994 in Bezug auf den Bf nicht erfüllt sei. Die belangte Behörde stütze die behauptete Eigenschaft und somit Verantwortung des Bf für allfällige Verstöße auf die unbegründete Vermutung, der Bf habe selbst die A. R. K.f.t. gegründet, um sich der Strafverfolgung österreichischer Behörden zu entziehen. Dies entspreche allerdings nicht den Tatsachen und fehle diesbezüglich jegliche Begründung, welche über bloße Spekulationen der belangten Behörde hinausgehe. Sie stütze sich darüber hinaus auch auf haltlose Indizien, wie die fälschliche Bezeichnung des Bf dritterseits im Mietvertrag als Geschäftsführer, obwohl dieser „i.A." (und nicht wie fälschlich von der belangten Behörde behauptet „i.V.") unterzeichnet habe. Sowie auf die Behauptung, er stelle den Dienstplan zusammen und bezahle die Mitarbeiter der A. ohne dabei zu berücksichtigen, dass die Mitarbeiterin ihr Gehalt nicht ausschließlich vom Bf, sondern auch von anderen Mitarbeiterin erhalte. Weder die Erstellung des Dienstplanes, noch die im Auftrag des Dienstgebers erfolgende Auszahlung des Entgelts an Mitarbeiter indiziere, dass es sich bei dem Bf um dem Geschäftsführer der A. R. K.f.t. handle. Auch ein Personalchef bzw. ein Mitarbeiter einer Lohnverrechnung wäre ja auch nicht einem Geschäftsführer gleichgestellt, obwohl dieser die Auszahlung von Gehältern veranlasse. Da bereits die Strafbarkeit des Bf aufgrund seiner bloßen Angestelltenposition mangels Gewerbetreibenden-Eigenschaft keinesfalls vorliege und ihm auch keine Schuld an einem allfälligen Fehlverhalten seiner Dienstgeberin zur Last gelegt werden könne, verstöße das angefochtene Straferkenntnis gegen den Grundsatz

„nulla poena sine culpa" und sei schon aufgrund seiner Rechtswidrigkeit jedenfalls aufzuheben.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG Oö.) vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 4. Mai 2017, an der der Bf und sein Rechtsvertreter sowie Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Der Bf war bis 29. Februar 2016 Wettschalterangestellter der A. R. K.f.t., mit Sitz in H; das Wettlokal wurde von ihm zum Tatzeitpunkt nicht selbstständig betrieben.

Der Bf war bis 30. September 2014 im Besitz des Wettlokals im Standort x, S, und wurde von ihm das Lokal auch selbstständig bis jedenfalls 15. Oktober 2014 betrieben. Mit Fälligkeit 1. Oktober 2014 wurde das Wettcafe im genannten Standort vom Bf an die A. R. K.f.t. verkauft.

Mit 15. Oktober 2014 erfolgte vom Bf eine Anzeige gemäß § 93 GewO 1994 über das Ruhen der Gewerbeausübung im Standort S, x, betreffend die Gewerbeberechtigung „Vermitteln von Kunden zu Buchmachern/Wettbüros"; mit 22. Juni 2015 wurde die Gewerbeberechtigung bei der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land zurückgelegt.
Zum Tatzeitpunkt 30. April 2015 wurde das Wettlokal von der A. R. K.f.t. mit Sitz in H betrieben. Zu diesem Zeitpunkt war zur Vertretung nach außen Berufener der A. R. K.f.t. N. K.. Ab 21. Mai 2015 wurde die A. R. K.f.t. von P. M. vertreten.

Das Geschäftslokal im Standort x, S, wurde von der A. R. K.f.t. von Herrn H. und Frau Mag. U. E. angemietet. Der Vertrag vom 31. August 2015 wurde vom Bf im Auftrag des A. R. K.f.t. unterschrieben.

Der hier entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt, dem Auszug des Handelsregisters über die A. R. K.f.t. sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

Aus dem Auszug des Handelsregisters betreffend die A. R. K.f.t. ergibt sich eindeutig, dass der Bf keine zur Vertretung berechtigte Person dieses Unternehmens ist. Dass der Bf als Angestellter der A. R. K.f.t. tätig ist, belegen die von ihm vorgelegten Gehaltsabrechnungen, aus denen auch hervorgeht, dass

er seit 15. Oktober 2014 als Wettschaltermitarbeiter bei der A. R. K.f.t. beschäftigt ist. Dies wurde auch von der weiteren Mitarbeiterin der A. R. K.f.t., Frau P. S., in der Befragung durch die Finanzpolizei am 30. April 2015 bestätigt, wo sie ausgesagt hat, dass der Bf ebenfalls Dienstnehmer der Firma A. sei. Gleichzeitig wurde von Frau P. ausgesagt, dass der Inhaber des Lokals N. heiße, was übereinstimmt mit dem Auszug des Handelsregisters über die A. R. K.f.t. in U.

Im Beweisverfahren hat sich herausgestellt, dass der Bf nicht zur Vertretung nach außen Berufener der A. R. K.f.t. in U ist und haben sich auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass vom Bf zum Tatzeitpunkt im gegenständlichen Wettlokal selbstständig das Gastgewerbe ausgeübt wurde.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt.

Gemäß § 367a GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe von mindestens 180 Euro bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer entgegen der Bestimmung des § 114 Alkohol ausschenkt oder abgibt oder ausschenken oder abgeben lässt.

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.

5.2. Der Tatvorwurf im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses geht dahin, dass der Bf die genannten Verwaltungsübertretungen als Geschäftsführer und somit als zur Vertretung nach außen Berufener der A. R. K.f.t. mit Sitz in U zu verantworten habe.

Im durchgeführten Beweisverfahren ist hervorgekommen, dass der Bf zum Tatzeitpunkt nicht Geschäftsführer der A. R. K.f.t. und somit auch nicht zur Vertretung nach außen berufen war.

Grundsätzlich gilt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, dass eine Änderung des Tatvorwurfs zulässig ist, wenn dem Beschuldigten die ihm zur Last gelegte Übertretung nicht in seiner Eigenschaft als handelsrechtlicher Geschäftsführer einer GmbH, sondern als Inhaber eines Einzelunternehmens zugerechnet werden kann.

Im gegenständlichen Fall liegen jedoch keine Beweisergebnisse vor, die mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit belegen, dass der Bf im Standort S, x, das Gastgewerbe selbstständig, sohin die gastgewerbliche Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr, ausgeübt hat. Dieser Annahme stehen sowohl die vom Bf vorgelegten Nachweise als auch die Aussage der Mitarbeiterin der A. R. K.f.t. bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei entgegen.

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

Aus den angeführten Sach- und Rechtsgründen war sohin spruchgemäß zu entscheiden und das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben sowie das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Bf einzustellen.

Zu II.:

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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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

Mag. Bismaier