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-800246/2/Re/AK**

Datum: **Linz, 16. November 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde der Dr. E D-S, X, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M D, X, X, vom 10. Februar 2017 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 16. Jänner 2017, GZ: Ge96-4164-2016, wegen einer Übertretung der Gewerbeordnung 1994 iVm dem Oö. Jugendschutzgesetz 2001

zu Recht:

I. Anlässlich der Beschwerde wird das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck hat mit dem Straferkenntnis vom 16. Jänner 2017, GZ: Ge96-4164-2016, über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen einer Übertretung der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) iVm § 8 Abs. 1 Oö. Jugendschutzgesetz eine Geldstrafe in der Höhe von 180 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 18 Stunden, verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als gem. § 370 Abs. 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche gewerberechtliche Geschäftsführerin der X GmbH, diese ist u.a. Inhaberin einer Gewerbeberechtigung für ‚Gastgewerbe in der Betriebsart Büffet' am Standort X, X, mit einer weiteren Betriebsstätte in X, X, nicht dafür Sorge getragen, dass die Vorschriften der GewO 1994 eingehalten werden.

Zufolge einer Anzeige des Institutes für Suchtprävention im Auftrag des Amtes der Oö. Landesregierung, Direktion Inneres und Kommunales, vom 20.09.2016 wurde am 29.08.2016 um 09:50 Uhr durch Angestellte der X GmbH (Frau B V) in der weiteren Betriebsstätte in X, X, an einen jugendlichen Testkäufer (zw. 14 und 15,5 Jahren alt), alkoholische Getränke, nämlich 1 Flasche Wodka Eristoff (37,5 % Vol., 0,7 l zum Preis von 20,49 €) verabreicht, obwohl es Gewerbetreibenden untersagt ist, selbst oder durch die im Betrieb beschäftigten Personen alkoholische Getränke an Jugendliche auszuschenken oder ausschenken zu lassen, abzugeben oder abgeben zu lassen, wenn Jugendlichen dieses Alters nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen der Genuss von Alkohol verboten ist. Die Gewerbetreibenden und die im Betrieb beschäftigten Personen müssen die Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises oder einer speziellen Jugendkarte, die nach den jeweiligen landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen zum Nachweis des Alters geeignet ist, verlangen, um das Alter der Jugendlichen festzustellen."

Dies im Wesentlichen mit der Begründung, es sei festgestellt worden, dass durch Angestellte einer Tankstelle der X GmbH in X, X, alkoholische Getränke an einen jugendlichen Testkäufer (zwischen 14 und 15,5 Jahren alt) verabreicht worden seien. Die Bf sei als gewerberechtliche Geschäftsführerin der X GmbH hierfür verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Der Sachverhalt sei durch die durchgeführte Kontrolle im Rahmen des Oö. Jugendschutzgesetzes 2001 durch das Institut Suchtprävention im Auftrag des Amtes der Oö. Landesregierung als eindeutig erwiesen anzunehmen. Der Verkauf der Flasche Wodka werde auch grundsätzlich nicht bestritten. Bei der Strafhöhe handle es sich um die gesetzlich festgelegte Mindeststrafe.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Bf durch ihren rechtlichen Vertreter innerhalb offener Frist Beschwerde eingebracht.

Dies im Wesentlichen mit der Begründung, die Bf habe bereits in der Rechtfertigung darauf hingewiesen, dass sich die Mitarbeiterin offensichtlich im Alter der Testkaufperson verschätzt habe. Der Spruch des Erkenntnisses entspreche nicht § 44a VStG, demnach habe der Spruch alle für die Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens wesentlichen Tatbestandsmerkmale so zu umschreiben, dass der Betroffene einerseits in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und andererseits davor geschützt wird, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Im konkreten Fall werde die „Verabreichung von Alkohol an eine jugendliche Person" vorgeworfen, ohne die Person in hinreichender Weise zu individualisieren. Die Umschreibung des Spruches schütze die Einschreiterin nicht davor, wegen desselben Sachverhaltes ein weiteres Mal verfolgt und bestraft zu werden. Der Bescheid sei bereits aufgrund von § 44a Z 1 VStG zu beheben. Die Bf treffe darüber hinaus auch keine Fahrlässigkeit, da aus den Umständen des Einzelfalles heraus bei objektiver Betrachtungsweise eine Kontrolle nicht erforderlich scheinen musste. Der Testkäufer sei bisher nicht bekannt und sei die Schätzung desselben aufgrund Aussehen, Alter auf zumindest 16 bis 18 Jahre möglich, weshalb es an der für die Begehung der Tat erforderlichen Fahrlässigkeit fehlt. Im Übrigen sei nach der Rechtsprechung des EGMR die Verwertung von Beweismitteln, die als Ergebnis staatlicher Tatprovokation gewonnen wurden, nicht zulässig. Wäre die Tat ohne die Handlung der verdeckten Ermittler so nicht begangen worden, müsse eine rechtsstaatswidrige Provokation angenommen werden. Im Übrigen bestehe auf die Anwendung des § 45 VStG bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch.

3. Die belangte Verwaltungsstrafbehörde hat diese Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt zur Rechtsmittelentscheidung vorgelegt.
Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Es ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, wobei dieses aufgrund der Tatsache, dass die anzuwendenden Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen, durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

4. Die Beweisaufnahme erfolgte durch Einsichtnahme in den Verwaltungsstrafakt zu GZ: Ge96-4164-2016.
Da bereits aus der Aktenlage feststeht, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, entfällt eine mündliche Verhandlung (§ 44 Abs. 2 VwGVG).

5. Erwägungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich:

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

§ 114 GewO 1994 untersagt Gewerbetreibenden, selbst oder durch die im Betrieb beschäftigten Personen alkoholische Getränke an Jugendliche auszuschenken oder ausschenken zu lassen, abzugeben oder abgeben zu lassen, wenn Jugendlichen dieses Alters nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen der Genuss von Alkohol verboten ist. ....

Gemäß § 8 Abs. 1 Oö. JSchG 2001 ist Jugendlichen bis zum vollendeten 16. Lebensjahr der Erwerb und der Konsum von Tabakwaren und von alkoholischen Getränken verboten.

Gemäß § 44a VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:
1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Fall eines Straferkenntnisses, die Entscheidung über die Kosten.

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, unter anderem die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Danach ist es im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass zum einen die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird und zum anderen die Identität der Tat (z.B. nach Ort und Zeit) unverwechselbar feststeht (vgl. Erkenntnis des verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Juni 1984, Slg. Nr.11466/A, sowie VwGH 13.09.1999, 98/09/0084).
Demnach sind zum einen entsprechende, das heißt in Beziehung zum vorgeworfenen Straftatbestand stehende wörtliche Anführungen erforderlich, die nicht etwa durch bloße paragraphenmäßige Zitierung von Gebots- oder Verbotsnormen ersetzt werden können. Zum anderen nämlich in Bezug auf das unverwechselbare Festhalten der Identität der Tat, muss im Spruch des Straferkenntnisses dem Beschuldigten die Tat insoweit in konkretisierter Umschreibung zum Vorwurf gemacht werden, dass er in die Lage versetzt wird, im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren und gegebenenfalls im außerordentlichen Verfahren auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und es muss ferner der Spruch geeignet sein, den Beschuldigten rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden.

Das bedeutet, dass die den Beschuldigten vorgeworfene Tat unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit dieser in die Lage versetzt wird, auf den Vorwurf entsprechend zu reagieren und damit sein Rechtsschutzinteresse zu wahren.

Dass es im Bescheidspruch zufolge der Z 1 des § 44a VStG der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift (Z 2) erforderlich sind, bedarf, bedeutet, dass es nicht ausreicht, den bloßen Gesetzeswortlaut unter Anführung der Tatzeit und des Tatortes wiederzugeben, sondern dass die Tat entsprechend den Gegebenheiten des jeweiligen Falles zu individualisieren ist, wobei der Umfang der notwendigen Konkretisierung vom einzelnen Tatbild abhängt (siehe dazu Hauer/Leukauf, aaO, Seite 1522).

5.2. Gegenständlich entspricht der Schuldspruch nicht den Anforderungen des § 44a Z 1 VStG im Hinblick auf die Konkretisierung des Tatverhaltens.

Der Bf wird im Spruch des Straferkenntnisses vorgeworfen, an einen jugendlichen Testkäufer alkoholische Getränke verabreicht haben zu lassen, dies durch eine angestellte Person.

Die oben zitierte, im gegenständlichen Verfahren zur Anwendung gelangte Strafbestimmung des § 367a GewO 1994 und die in der Strafbestimmung zitierte Norm des § 114 GewO 1994 unterscheiden als Tatbilder den Ausschank oder die Abgabe von Alkohol bzw. das Ausschenken- oder Abgebenlassen von alkoholischen Getränken.
Nicht normiert ist hingegen das Verabreichen von alkoholischen Getränken, was jedoch der Bf im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses vorgeworfen wird.

Das Verabreichen von alkoholischen Getränken wiederum entspricht nach dem eindeutigen sonstigen Verständnis des Gesetzgebers der GewO 1994 zweifelsfrei dem Ausschenken von Alkohol (siehe hierzu z.B. § 111 Abs. 1, 2 und 3 GewO 1994, wonach es sich bei Verabreichung von Speisen bzw. Ausschank von Getränken um Tätigkeiten handelt, die der jeweiligen Konsumation an Ort und Stelle unmittelbar vorangehen. „.... Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden."), nicht jedoch der Abgabe.

Der Bf wird demzufolge eine Verabreichung, somit eine dem unmittelbaren Genuss an Ort und Stelle vorausgehende Tätigkeit, zur Last gelegt, obwohl diese Vorgangsweise weder der Anzeige noch dem durchgeführten Ermittlungsverfahren zu entnehmen ist. Vielmehr ist demnach davon auszugehen, dass eine Flasche Wodka in einer Tankstellenbetriebsanlage nicht zum Genuss an Ort und Stelle, sondern zur Abgabe und Mitnahme verkauft wird.

Unter Hinweis auf die diesbezüglich ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt demnach dem angefochtenen Straferkenntnis ein Tatvorwurf zugrunde, der nicht alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale enthält und diese somit der Bf nicht innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist zur Last gelegt wurden.

Der Tatvorwurf entspricht somit nicht dem Konkretisierungsgebot gemäß § 44a Z 1 VStG und war aus diesem Grunde wie im Spruch zu entscheiden, das Straferkenntnis gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Die Bf sei abschließend - zum weiteren Verkauf von Alkohol - darauf hingewiesen, dass diese Einstellung ausschließlich aus verfahrensrechtlichen Gründen erfolgt ist, demnach nicht ausspricht, dass ihr die Tat jedenfalls zu Unrecht zur Last gelegt worden wäre.

Zu II.:

Aufgrund der Einstellung des Strafverfahrens entfällt auch die Verpflichtung zur Leistung von jeglichen Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens.

Zu 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. 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 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.

H i n w e i s e

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

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reichenberger