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-800286/9/BMa/TK

Datum: Linz, 10. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des P J MBA, vertreten durch Rechtsanwälte B, x, gegen den im Namen des Bürgermeisters der Stadt W ergangenen Bescheid des Stadtsenats der Stadt W vom 10.10.2017, GZ.: BZ-Pol-10048-2016, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach der Gewerbeordnung 1994, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe abgewiesen, dass im Spruch des bekämpften Bescheides die Textpassage beginnend mit „Gemäß § 9 Abs.1 VStG 1991“ und endend mit „zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.“ entfällt.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 200 Euro 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.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Strafbescheid wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft:

„Mit Bescheid der Dienststelle Lebensmittelaufsicht und Märkte der Stadt W vom 11.11.2016, BZ-Markt-009-2016, wurden der Firma W C GmbH (vertreten durch den handelsrechtlichen Geschäftsführer Herrn P J MBA), x, für die Abhaltung der Gelegenheitsmärkte ‚W W 2016‘,
in der Zeit vom 18.11.2016 bis zum 24.12.2016,
in x‘, im P-park und am x, sowie in der x (Kreuzungsbereich bei der Firma B) und F folgende Öffnungszeiten bewilligt:

- Montag bis Sonntag von 11.00 Uhr bis 22.00 Uhr (‚Vorschreibungspunkt 15‘).

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als im Sinne des § 9 Abs 1 VStG 1991 zur Vertretung nach außen Berufener der Firma W C GmbH, x, folgenden Tatbestand zu verantworten:

Zumindest am 10.12.2016, im Zeitraum von 22.00 Uhr bis um 23.27 Uhr, wurde der auf dem x (‚Fußgängerzone‘: in Blickrichtung Norden auf der linken Seite bei der Einmündung der x in den x) situierte ‚C-PUNSCHSTAND‘ (A B E W) noch offengehalten (dieser Punschstand wurde erst um 23.30 Uhr geschlossen !), obwohl mit dem ‚Vorschreibungspunkt 15‘ des eingangs angeführten Bescheides als Sperrstunde ‚22.00 Uhr‘ festgelegt wurde.

Gemäß § 9 Abs 1 VStG 1991 ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortlich Beauftragte (§ 9 Abs 2 VStG 1991) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Gemäß § 9 Abs 2 VStG 1991 sind die zur Vertretung nach außen Berufenen 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 verantwortlich 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.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 368 Gewerbeordnung (GewO) 1994, BGBl.Nr. 194 i.d.g.F., i.V.m. mit ‚Vorschreibungspunkt 15‘ des Bescheides der Dienststelle Lebensmittelaufsicht und Märkte der Stadt W vom 11.11.2016, BZ-Markt-009-2016, sowie der Marktordnung (2006), in der Fassung

der Verordnung des Gemeinderates der Stadt W vom 06.07.2015 (2. Novelle der Marktordnung 2006).

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
100,00 Euro	31 Stunden	----	§ 368 GewO 1994

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

- 10,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100,00 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 110,00 Euro."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Tatbegehung sei aufgrund der Anzeige der Polizeiinspektion W-Innere Stadt sowie der dazu abgegebenen Stellungnahmen erwiesen. Der Bf habe nicht glaubhaft gemacht, dass ihn an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe.

1.3. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Bescheidbeschwerde, die im Wesentlichen ausführt, der den Gelegenheitsmarkt bewilligende Bescheid vom 11.11.2016 würde keine „Marktzeiten" enthalten, sondern aufgrund der Marktordnung nicht vorgesehene „Öffnungszeiten", somit fehle es an einer wesentlichen Grundlage zur Bestrafung nach der GewO. Weiter beruft sich die Beschwerde auf § 4 der Marktordnung, wonach jedermann berechtigt sei, unter Bedachtnahme auf die zur Verfügung stehenden Standplätze an allen Markttagen innerhalb der Marktzeiten auf den jeweiligen Märkten die dort zugelassenen Waren (§ 3) nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Marktordnung feil zu halten und zu verkaufen. Inhaltlich werde offensichtlich zwischen „Verkaufszeit" und gemäß § 2 Abs. 2 der Marktordnung dieser vor- und nachgelagerten Zeiten von je 3 Stunden differenziert, wobei auch letztere als „Marktzeit" gelten würden.

Überdies sei der vom Verein A B E W betriebene C-Punschstand ordnungsgemäß um 22.00 Uhr geschlossen worden. Es seien auch keine Getränke mehr verkauft worden. Es sei unerheblich, ob jene Personen, die den Stand an diesem Tag betrieben hätten, sich noch in diesem aufgehalten hätten oder nicht.

2.1. Die Stadt W hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem LVwG Oö. vorgelegt, das gemäß § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin entscheidet.

2.2. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Behördenakt und am 07.08.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und ein Vertreter der belangten Behörde gekommen sind. Als Zeugen wurden T M B, I B und Rev.Insp. A A einvernommen.

3. Das LVwG Oö. hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der W C GmbH, x. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt W vom 11.11.2016, GZ. BZ-Markt-009-2016, wurde dieser GmbH über ihr Ansuchen der Gelegenheitsmarkt „W Weihnachtsmärkte 2016“ vom 18.11.2016 bis 24.12.2016 in W, in der Zeit Montag bis Sonntag 11.00 Uhr bis 22.00 Uhr, bewilligt.
Im Auflagenpunkt 15) dieses Bescheides wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Öffnungszeiten der Weihnachtsmärkte laut Ansuchen einzuhalten sind. Dieser Bescheid ist gegenüber der Firma des Bf in Rechtskraft erwachsen.
Am 10.12.2016 wurde von der W Polizei festgestellt, dass um 23.27 Uhr der C-Punschstand des Vereins A B E W noch offengehalten und dieser erst um 23.30 Uhr geschlossen wurde.
Zumindest ein Teil des Verkaufsladens war nicht geschlossen und der Punschstand war im Inneren beleuchtet. Vor dem Punschstand haben sich einige Personen aufgehalten, die unmittelbar vor dem geöffneten Laden gestanden sind. Im Punschstand hat sich der damalige Obmann der A B E W in alkoholisiertem Zustand und dessen Gattin befunden.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt und den Zeugenaussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ergibt. Die zeugenschaftlich vernommene I B, die Gattin des damaligen Obmanns des Vereins A B E W, konnte sich an die Kontrolle am 10.12.2016 nur mehr sehr vage erinnern, aus diesem Grund wird auch ihrer Aussage, sie sei im Auto sitzen geblieben und habe nur ihren Gatten abgeholt, kein erheblicher Wahrheitswert zugemessen. Der Zeuge T M B hingegen war nach Aktenlage und nach eigenen Aussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zum Zeitpunkt der Kontrolle alkoholisiert, sodass auch seiner Aussage, die Punschhütte sei geschlossen gewesen, weniger Bedeutung zugemessen werden kann, als jener glaubwürdigen Aussage von Rev.Insp. A, die die Kontrolle am 10.12.2016 durchgeführt hatte. In der Verhandlung beim LVwG Oö. am 07.08.2018 hat B auch zugestanden, dass der Laden der Punschhütte noch geöffnet war.

Die als Zeugin vernommene Polizistin konnte sich auch noch daran erinnern, dass I B in der Punschhütte aufhältig gewesen war und gesagt hatte, dass sie ohnehin wisse, dass sie schon zu spät sei und sie die Hütte schon zu machen würde.
Es besteht kein Anlass an der glaubwürdigen Aussage von Rev.Insp. A, dass die Punschhütte bei der Kontrolle am 10.12.2016 um 23:27 Uhr noch offengehalten worden war, zu zweifeln.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. erwogen:

3.3.1. Nach § 368 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 1.090 Euro zu bestrafen ist, wer andere als in den §§ 366, 367 und 367a genannte Gebote oder Verbote dieses Bundesgesetzes oder der aufgrund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen oder der Bescheide, die aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder aufgrund dieses Bundesgesetzes erlassener Verordnung ergangen sind, nicht einhält.

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.

Die Verordnung des Gemeinderats der Stadt W vom 11.12.2006, BZ-Markt-1965-2005, ist eine solche aufgrund der GewO 1994 erlassenen Verordnung, die mit Verordnung des Gemeinderats der Stadt W vom 29.09.2008, BZ-Markt-1965-2005, geändert wurde.
Demnach war zum Tatzeitpunkt § 2 Abs. 2 der Marktordnung 2006 nicht mehr in Geltung. § 15 der Marktordnung 2006 regelt die Bewilligung von Gelegenheitsmärkten.
Nach § 286 Abs. 2 GewO 1994 darf ein Gelegenheitsmarkt nur aufgrund einer Bewilligung der Gemeinde, in der die Veranstaltung abgehalten werden soll, stattfinden.

Darauf basiert auch der Bescheid der Stadt W vom 11.11.2016, BZ-Markt-009-2016, mit dem der Gelegenheitsmarkt „W Weihnachtsmärkte 2016“ unter Anführung von Öffnungszeiten genehmigt wurde. Unter Spruchpunkt I wurde angeführt (wörtlich wiedergegeben) „Der W C GmbH, x, wird über ihr Ansuchen die Abhaltung der Gelegenheitsmärkte „W Weihnachtsmärkte 2016“ in der Zeit vom 18.11.2016 bis 24.12.2016 in x, im x und x sowie der x – Kreuzungsbereich bei Fa. B, x (Mo – So 11.00 bis 22.00 Uhr) bei Einhaltung der nachstehend angeführten Auflagen und unter Zugrundelegung der Übersichtspläne, die einen integrierenden Bestandteil dieses Bescheides bilden, gestattet.“

3.3.2. Dass die Zeiten unter der Auflage 15 des Bescheids als Öffnungszeiten der Weihnachtsmärkte und nicht als „Marktzeiten“ der Weihnachtsmärkte bezeichnet sind, schadet nicht, ist der Bescheid gegenüber dem Bf doch in Rechtskraft erwachsen. Auch kann in der unterschiedlichen Bezeichnung kein Widerspruch zur W Marktordnung gesehen werden, so ergibt sich aus dem zitierten Bescheid der Sinn, nämlich die zeitliche Befristung des jeweiligen Markttages unmissverständlich.
Soweit sich die Beschwerde auf zusätzliche Marktzeiten gemäß § 2 Abs. 2 der W Marktordnung 2006 beruft, ist dazu auszuführen, dass in dieser Bestimmung unmissverständlich angegeben wird, dass die angeführten drei Stunden vor und nach den jeweiligen Marktzeiten der Anlieferung zu den Märkten, dem Abbau der Verkaufsstände und der Markteinrichtungen und der Reinigung der Marktflächen dienen. Eine Ausweitung der Zeiten des Offenhaltens der Marktstände kann darin nicht gesehen werden.

Durch das Offenhalten des Ladens des Marktstandes hat der Bf daher das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.3. 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. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachen-vorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Weil der Bf nicht dafür gesorgt hatte, dass beim Marktstand des Vereins A B E W die Öffnungszeiten eingehalten werden, hat er zumindest fahrlässig gehandelt. Es wurde zwar das Vorhandensein eines Kontrollsystems behauptet, jedoch nicht dargelegt, aus welchem Grund - bei Vorhandensein einer effizienten Kontrolle - das Offenhalten des Standes noch eineinhalb Stunden nach Ablauf der genehmigten Öffnungszeiten möglich war. Das Vorhandensein einer effizienten Kontrolle wird daher als Schutzbehauptung gewertet, sodass die Verwaltungsübertretung dem Rechtsmittelwerber auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen ist.

3.3.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF sind Grundlagen für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.
Nach Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 - 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Bf ist den Feststellungen der belangten Behörde zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie seinen Sorgepflichten nicht entgegengetreten. Diese werden daher auch dem Beschwerdeverfahren zugrunde gelegt.
Die belangte Behörde hat die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit mildernd gewertet, Straferschwerungsgründe sind auch im Verfahren vor dem LVwG Oö. nicht zutage getreten.
Die Verhängung einer Strafe von 100 Euro bei einem möglichen Strafrahmen bis zu 1.090 Euro entspricht lediglich ca. 9 % des möglichen Strafrahmens und es ist der belangten Behörde beizupflichten, dass die Verwaltungsstrafe damit im untersten Bereich des möglichen Strafrahmens festgesetzt wurde. Die Verhängung der Verwaltungsstrafe in dieser Höhe war sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen erforderlich, um weitere derartige Übertretungen hintanzuhalten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.
Weil der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem LVwG Oö. in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe vorzuschreiben.

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. Zwar ist eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Markt- bzw. Öffnungszeiten für die Abhaltung von Wer Gelegenheitsmärkten nicht ersichtlich, der hier gegenständlichen Rechtsfrage kommt aber keine grundsätzliche Bedeutung zu, weil hinsichtlich des Offenhaltens von Betriebs- bzw. Gaststätten

auf die analoge Rechtsprechung des Höchstgerichtes zur Gewerbeordnung zurückgegriffen werden konnte.

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. Bergmayr-Mann