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-800288/6/BMa/TK

Datum:
Linz, 5. September 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des G J A K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. K K, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 09.10.2017, GZ: 0042101/2016, wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994 idgF (im Folgenden: GewO), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 80 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 Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„I. Tatbeschreibung:
Die f gmbh. mit dem Sitz in x, hat als Gewerbeinhaberin und Betreiberin das Lokal „S" im Standort x, am 08.07.2016 von 22:30 Uhr bis 22:40 Uhr, am 22.07.2016 von 22:40 Uhr bis 22:50 Uhr und am 25.07.2016 von 13:00 Uhr bis 13:10 Uhr betrieben, ohne dass die für diese Betriebsanlage mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 29.12.2006, GZ6 501/N061102F unter Punkt 12) vorgeschriebene Auflage, dass ‚die hofseitigen Fenster und Türen des Lokales während der Betriebszeit ständig geschlossen zu halten sind', eingehalten wurde.
Bei Kontrollen durch Amtsorgane des Magistrates Linz, Bau- und Bezirksverwaltung, wurde festgestellt, dass die hofseitige Türe zur Gänze offen stand.

Der Beschuldigte, Herr G J A K, geboren am x, hat diese Verwaltungsübertretung als gewerberechtlicher Geschäftsführer der f gmbh nach § 370 Abs. 1 GewO verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

I. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
§ 367 Z. 25 Gewerbeordnung (GewO), BGBl.Nr. 194/1994 in Verbindung mit Auflage 12) des Bescheides des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 29.12.2006, GZ 501/N061102F

II. Strafausspruch:
Es wird über den Beschuldigten eine Geldstrafe von € 400,--, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Stunden verhängt.

Rechtsgrundlage: §§ 370 Abs.1, 367 Einleitungssatz GewO; §§ 16 und 19 VStG

III. Kostenentscheidung:
Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat der Beschuldigte 10% der verhängten Strafe, das sind € 40,-- zu leisten.
Rechtsgrundlage: § 64 Abs.1 und 2 VStG

IV. Zahlungsfrist:
Wird keine Beschwerde erhoben, ist der Strafbetrag (Strafe/Verfahrenskosten) in der Höhe von € 440,-- binnen zwei Wochen nach Rechtskraft des Bescheides mittels beiliegendem Erlagschein einzuzahlen. Sonst müsste die zwangsweise Einbringung veranlasst werden."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde, die dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemeinsam mit dem Bezug habenden Behördenakt vorgelegt wurde.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Einsicht genommen in den vorgelegten Verfahrensakt und am 20.08.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der der rechtsfreundliche Vertreter des Bf gekommen ist. Als Zeuge wurde das Kontrollorgan des Magistrats der Landeshauptstadt Linz, K D, einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf war seit 24.08.2015 gewerberechtlicher Geschäftsführer der Betriebsstätte der f gmbh in x. Aufgrund von mehreren Anzeigen wurde diese Betriebsstätte mit der Bezeichnung „S“ seit Mai oder Juni 2016 mehrmals vom Erhebungsdienst des Magistrats der Landeshauptstadt Linz kontrolliert. Dabei konnte wiederholt festgestellt werden, dass entgegen Auflage 12 des gewerberechtlichen Feststellungsbescheids nach § 359b Abs. 1 Z 2 GewO vom 29.12.2006, GZ: 501/N061102F, Fenster und Türen des Lokals während der Betriebszeit offengehalten wurden.
Nach wiederholt gegenüber der Verantwortlichen dieser Filiale ausgesprochenen Ermahnungen wurden beginnend mit 08.07.2016 die festgestellten Übertretungen zur Anzeige gebracht. Am 08.07.2016 von 22.30 Uhr bis 22.40 Uhr, am 22.07.2016 von 22.40 Uhr bis 22.50 Uhr und am 25.07.2016 von 13.00 Uhr bis 13.10 Uhr wurde das Lokal „S“ in der x, betrieben, ohne dass die hofseitigen Fenster und Türen des Lokals während der Betriebszeit ständig geschlossen gehalten wurden.

Das vom Bf als gewerberechtlicher Geschäftsführer errichtete Kontrollsystem bestand darin, dass er in den ca. 35 Filialen der f gmbh die neu angestellten Mitarbeiter hinsichtlich der relevanten Rechtsvorschriften belehrt und unterwiesen hatte und gelegentlich diese Filialen besichtigt hat. Dem Bf wurde von der Filialverantwortlichen in der x, nicht mitgeteilt, dass es bereits Abmahnungen wegen mehrerer Verstöße auf Grund des Offenhaltens der hofseitigen Fenster und Türen des Lokals während der Betriebszeit gegeben hatte.
Eine verantwortliche Beauftragte oder ein verantwortlicher Beauftragter gem. § 9 Abs. 2 VStG, die oder der verwaltungsstrafrechtlich für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich war, wurde für die Filiale in der x, nicht bestellt.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung ergibt. Vom Vertreter des Bf wurde außer Streit gestellt, dass zu den im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses

angeführten Zeiten die Fenster und Türen des Lokals nicht geschlossen gehalten waren.
Das zeugenschaftlich vernommene Kontrollorgan hat glaubwürdig mitgeteilt, dass bereits vor Anzeigeerstattung anlässlich mehrerer Kontrollen mündliche Ermahnungen an die Filialleiterin ergangen waren, die hofseitigen Fenster und Türen des Lokals während der Betriebszeit geschlossen zu halten. Die Angaben des Vertreters des Bf, dieser habe die neuangestellten Mitarbeiter hinsichtlich der relevanten Rechtsvorschriften regelmäßig unterwiesen und die Filialen besucht, ist glaubwürdig und lebensnah und es besteht auch kein Grund an dieser Aussage zu zweifeln.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Folgende Rechtsvorschriften sind maßgebend:

§ 367 Z 25 GewO 1994
Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2.180 Euro zu bestrafen ist, begeht, wer Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs. 1 oder § 84m erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 und 359b in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen oder Aufträge nicht einhält;

Auflage 12 des gewerbebehördlichen Feststellungsbescheids nach § 359b Abs. 1 Z 1 GewO (gewerbebehördliche Betriebsanalgengenehmigung) vom 29.12.2006, GZ 501/N061102F, betreffend das Imbisslokal mit 35 Verabreichungsplätzen in der x lautet:
„12) Die hofseitigen Fenster und Türen des Lokals sind während der Betriebszeit ständig geschlossen zu halten (insbesondere Küchenfenster).“

§ 370. (1) Wurde die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt oder genehmigt, so sind Geld- oder Verfallsstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, wurden die hofseitigen Fenster und Türen des Lokals während der Betriebszeit zu den im Spruch des bekämpften Bescheids angeführten Zeiten offen gehalten.
Damit hat der Bf als gewerberechtlicher Geschäftsführer das Tatbild der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

3.3.3. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit wird bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen sein, 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Nach Abs. 2 leg. cit. entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

3.3.5. Die Beschwerde führt u.a. aus, ein fahrlässiges Verhalten sei dem Bf nicht zur Last zu legen, weil die Mitarbeiter der Fa. f gmbh vom Bf instruiert worden seien und die Firma hätte jene Mitarbeiter, welche sich nicht an diese Vorschriften gehalten hätten, unverzüglich entlassen. Es sei dennoch möglich, dass Mitarbeiter entgegen der Weisung des Bf die Türen und Fenster zu verschließen, diese geöffnet hätten. Der Bf habe ca. 35 verschiedene Filialen ständig kontrolliert.
Diesem Vorbringen des Bf ist entgegenzuhalten, dass er kein entsprechendes Kontrollsystem zur Einhaltung seiner Weisungen installiert hatte. Bevor die Anzeige erstattet wurde, die diesem Strafverfahren zugrunde liegt, erfolgten mehrere Abmahnungen durch die erhebenden Beamten, sodass daraus geschlossen werden kann, dass über einen längeren Zeitraum rechtswidriges Verhalten der Bediensteten der Filiale vorgelegen war. Bei Installation eines entsprechenden Kontrollsystems hätte dem Bf auffallen müssen, dass es zu wiederholten Verstößen gegen den Auflagenpunkt 12 des Genehmigungsbescheids der Filiale in der x gekommen war.
Indem der Bf kein entsprechendes Kontrollsystem installiert hatte, welches gewährleisten würde, dass derartige Verstöße gegen den Betriebsanlagengenehmigungsbescheid nicht vorkommen, hat er zumindest fahrlässig gehandelt.
Damit aber ist auch die subjektive Tatseite erfüllt.

3.3.5. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG idgF iVm § 38 VwGVG sind Grundlage 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 bis 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine

Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).
Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Der von der belangten Behörde geschätzten finanziellen Situation des Bf wurde von diesem nicht entgegen getreten, sodass diese auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich der Strafausmessung zu Grunde gelegt werden.

Die belangte Behörde ist vom Nichtvorliegen von Straferschwerungs- oder Strafmilderungsgründen ausgegangen. Auch das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat keine Strafmilderungsgründe hervorgebracht. Straferschwerend ist der wiederholte Verstoß gegen den Auflagenpunkt 12 des Genehmigungsbescheides vom 29.12.2006, GZ: 501/N061102F, zu werten.

Die belangte Behörde hat die Strafe innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafrahmens festgesetzt und diesen zu ca. 18 % ausgeschöpft.
Weil hier nicht nur ein einzelner Verstoß gegen den Auflagenpunkt 12 des Genehmigungsbescheids der Betriebsanlage erfolgt ist, sondern wiederholte Übertretungen, kann dem von der Behörde ausgeübten Ermessen nicht entgegengetreten werden, sodass auch die Höhe der verhängten Geldstrafe zu bestätigen war.
Diese Strafe ist geeignet, dem Bf die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens vor Augen zu führen und sie ist auch aus generalpräventiven Gründen geboten.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.
Zumal der Beschwerde keine Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Strafe 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

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.

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

.