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-800298/12/BMa/HK

Datum:
Linz, 27. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des Dipl.-Kfm. (FH) A. H., vertreten durch Dr. P. F., Rechtsanwalt in T. bei W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 10.04.2018, GZ: BHPEGe-2017-391774/16-EK, wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Gegen diese Entscheidung 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:

„Sie haben es als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Gewerbeinhaberin zu verantworten, dass, wie bei einer Kontrolle der Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen durch das Institut Suchtprävention festgestellt wurde,

am	um (von –bis Uhr)	in
25.07.2017	13:45 Uhr	Sch., M., weitere Betriebsstätte der U. Handelsgesellschaft m.b.H & Co KG

durch eine im Betrieb beschäftigte Person ein alkoholisches Getränk an eine Jugendliche abgegeben wurde, obwohl Jugendlichen dieses Alters nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen der Genuss von Alkohol verboten ist. Die Abgabe wurde ohne Ausweiskontrolle durchgeführt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 114 in Verbindung mit § 367a Gewerbeordnung - GewO 1994, BGBL Nr. 194/1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 107/2017
Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
180,00 Euro	17 Stunden	§ 367a GewO 1994

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

18,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher 198,00 Euro“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde, mit der abschließend unter anderem die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurde.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 09.04.2019, zu der der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und eine Vertreterin der belangten Behörde gekommen waren.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Der Bf ist gewerberechtlicher Geschäftsführer der Firma U. Handelsgesellschaft mbH und Co. KG und damit auch zur Einhaltung der Rechtsvorschriften der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) in der Filiale M. in Sch., die eine weitere Betriebsstätte der U. Handelsgesellschaft mbH und Co. KG ist, verantwortlich.
Am 25.07.2017 um 13:45 Uhr wurde in dieser Filiale eine Kontrolle der Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen durch das Institut Sucht Prävention durchgeführt. Als Testkäuferin wurde eine 15jährige Schülerin eingesetzt, die jedoch im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses nicht näher bezeichnet wurde. An diese Jugendliche wurde, durch eine ebenfalls im Spruch des erkämpften Erkenntnisses nicht genannte Kassiererin des U., ein im Spruch des bekämpften Erkenntnisses nicht näher bezeichnetes alkoholisches Getränk abgegeben, ohne dass von der Fünfzehnjährigen ein Ausweis zur Kontrolle verlangt wurde. Obwohl im kontrollierten U. mehrere Kassen vorhanden sind, wurde im Spruch des bekämpften Erkenntnisses auch nicht die Nummer der Kassa angegeben, an der die Abgabe von Alkohol ohne Ausweiskontrolle stattgefunden hatte.
Die Kassiererin H., die den Alkohol an die jugendliche Testperson abgegeben hatte, war von der Marktleiterin hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen der Gewerbeordnung geschult worden und die Kassen verfügen über ein Warnsystem, wonach – wenn Alkoholika zur Bezahlung kommen – sofort ein Warnhinweis aufscheint, dass dieser Artikel nur nach Kontrolle des Alters abgegeben werden darf.
Die Kassiererin H. hat diese Warnung ignoriert und ohne Ausweiskontrolle einen Vodka Eristoff, 0,7 Liter, 37,5 % Vol. zum Preis von 9,99 Euro an die jugendliche Testperson abgegeben.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten erstinstanzlichen Verfahrensakt und den Aussagen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers in der öffentlichen mündlichen Verhandlung beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 09.04.2019 ergibt.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Rechtsvorschriften:

Gemäß § 39 Abs. 1 GewO 1994 idgF kann der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (§ 333) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Der Gewerbeinhaber hat einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn er den Befähigungsnachweis nicht erbringen kann oder wenn er keinen

Wohnsitz im Inland hat. Für Gewerbeinhaber, die keinen Wohnsitz im Inland haben, entfällt die Verpflichtung, einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn

1. die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen durch Übereinkommen sichergestellt sind, oder
2. es sich um Staatsangehörige eines Vertragsstaates des EWR handelt, die ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat des EWR haben, oder
3. es sich um Staatsangehörige der Schweizerischen Eidgenossenschaft handelt, die ihren Wohnsitz in der Schweiz oder in einem Vertragsstaat des EWR haben.

Gemäß § 114 GewO 1994 idgF ist es Gewerbetreibenden untersagt, 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. Die Gewerbetreibenden haben an einer geeigneten Stelle der Betriebsräume einen Anschlag anzubringen, auf dem deutlich auf das im ersten Satz angeführte Verbot hingewiesen wird.

Gemäß § 367a GewO 1994 idgF 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 § 2 Oö. JSchG 2001 sind im Sinn dieses Landesgesetzes:

1. Jugendliche: Minderjährige bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres;
2. Erwachsene: Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben;
   verheiratete Jugendliche und Jugendliche, die den Präsenzdienst, Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten, werden Erwachsenen gleichgehalten;
   .....
5. Jugendschutzbestimmungen: Gebote und Verbote dieses Landesgesetzes sowie die auf Grund dieses Landesgesetzes erlassenen Bescheide, Verordnungen und Maßnahmen;
   .....

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. Jugendlichen ab dem vollendeten 16. Lebensjahr ist der Erwerb und der Konsum von gebrannten alkoholischen Getränken, auch in Form von Mischgetränken, verboten. Die Bestimmungen dieses Absatzes gelten auch dann, wenn alkoholische Getränke durch Absorbierung an einen pulver-, pastenförmigen oder anderen Trägerstoff gebunden werden. *(Anm: LGBl. Nr. 90/2005, 54/2013)*

.....

Gemäß § 8 Abs. 2 Oö. JSchG 2001 dürfen an Jugendliche keine Waren abgegeben werden, die sie im Sinn der Abs. 1 und 1a nicht erwerben und konsumieren dürfen. *(Anm: LGBl.Nr. 61/2014)*

.....

Gemäß § 44a VStG 1991 idgF 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

Nach ständiger Judikatur des VwGH muss die Identität der Tat unverwechselbar feststehen (vgl. VwGH 18.10.2018, Ra 2018/15/0065, mwN). Die Umschreibung der Tat hat so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist. Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (VwGH 13.9.2016, Ra 2016/03/0048; 20.11.2018, Ra 2017/02/0242, mwN). Ungenauigkeiten bei der Konkretisierung der Tat haben nur dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheides, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt wird.

3.3.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, ist der Spruch des bekämpften Erkenntnisses nicht in einer Weise konkretisiert, dass die Gefahr einer Doppelbestrafung wegen desselben Delikts ausgeschlossen werden könnte. So befinden sich im U. in der Filiale in Sch. mehrere Kassen und es wurde weder die Nummer der Kassa, an der der Alkohol an die Jugendliche abgegeben wurde, noch der Name der Kassiererin oder der Name und das Alter der jugendlichen Testperson bei der Tatbeschreibung angeführt. Darüber hinaus wurde auch nicht dargetan, um welchen alkoholischen Artikel es sich gehandelt hat.
Damit aber ist die Tat nicht so weit konkretisiert, dass auszuschließen ist, dass dem Bf ein weiterer Verkauf von alkoholischen Getränken an eine Jugendliche an

einer der weiteren Kassen zur selben Tatzeit ohne Ausweiskontrolle vorgeworfen werden könnte. Zwar wurde der Name der Kassiererin und der Name des alkoholischen Getränks sowie dessen Preis in der Begründung des bekämpften Erkenntnisses angeführt, dies vermag jedoch die Mangelhaftigkeit des Spruchs des bekämpften Strafbescheides nicht zu sanieren.
Wie vom Rechtsvertreter des Bf zu Recht gerügt, ist damit der Spruch des bekämpften Erkenntnisses mit Mängeln behaftet.
Weil auch vor Erlassung des bekämpften Bescheids keine Verfolgungshandlung gesetzt wurde, die die Tathandlung gegenüber dem Bf näher konkretisiert hatte, kann eine entsprechende Ergänzung des Spruchs wegen Ablaufs der Verfolgungsverjährungsfrist durch das LVwG Oö. nicht vorgenommen werden. Somit war der bekämpfte Bescheid aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren 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 solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen 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 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