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-800324/4/Bm/KMa

Datum: Linz, 27. März 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde der S A W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J M, P, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 15. Oktober 2018, GZ: Ge96-415671-2018, wegen einer Verwaltungsübertretung nach der Gewerbeordnung (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. März 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die verhängte Gelstrafe auf 600 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 56 Stunden herabgesetzt werden. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass
   - im Spruch des Straferkenntnisses der letzte Satz zu entfallen hat
   - in der Zitierung der verletzten Rechtsvorschrift der Klammerausdruck „(Einleitung)“ und „§ 1 Abs. 4“ zu entfallen haben sowie
   - die Strafnorm zu lauten hat: „§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994“.

II. Für das Beschwerdeverfahren ist kein Kostenbeitrag zu leisten; der Beitrag der Beschwerdeführerin zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde ermäßigt sich auf 60 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Ried im Innkreis vom 15. Oktober 2018, GZ: Ge96-415671-2018, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 700 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 65 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 1 Abs. 4, § 94 Z 26, § 111 Abs. 1 Z 2 und § 339 GewO 1994 verhängt.

Dem Schuldspruch liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„Taten (einschließlich Ort, Datum und Zeit der Begehung)

Sie sind gewerberechtliche Geschäftsführerin der K GmbH mit Sitz in D zur Ausübung des Handelsgewerbes im Standort der weiteren Betriebsstätte in R, GISA-Zahl: 7. Gemäß § 370 Abs. 1 GewO sind Geldstrafen gegen den gewerberechtlichen Geschäftsführer zu verhängen, wenn ein solcher angezeigt oder genehmigt wurde.

Die K GmbH hat am 7.8.2018 um 13.18 bzw. 13.19 Uhr in R beim Anbieten des Verkaufes von Speisen und Getränken an einen größeren Kreis von Personen mittels Automaten in dem als sog. ‚Automatenlounge' genehmigten Raum, ca. 15 Verabreichungsplätze (6 Stehplätze um einen Tisch, ca. 9 Stehplätze um zwei Ablagebords) zum Konsum der Speisen und Getränke bereitgestellt. Sie hat dadurch das reglementierte Gastgewerbe gem. § 111 Abs. 1 Z. 2 GewO in der Betriebsart eines ‚Imbisses' ausgeübt, ohne eine Gewerbeberechtigung hiefür durch Anmeldung dieses Gewerbes bei der BH. Ried i.I. erlangt zu haben.
Das Anbieten einer gewerblichen Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen, wie im ggst. Fall das für jedermann geöffnete Lokal, ist der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten."

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Bf durch ihren anwaltlichen Vertreter innerhalb offener Frist Beschwerde eingebracht und darin im Wesentlichen eingewendet, die belangte Behörde übersehe in der Argumentation zur Begründung des Straferkenntnisses, dass die Beschuldigte bzw. die Firma K GmbH keinen Einfluss auf das rechtswidrige Verhalten der Gäste habe. Diese hätten die auf den Ablagen angebrachten Zeitungs- und Prospekthalter demontiert und gestohlen, sodass die Ablagen, auf denen diese Halterungen angebracht waren, frei geworden seien. Gleiches gelte für die Tassen, Pappteller etc.
Die Beschuldigte habe demnach entsprechend den Vorgaben der Betriebsanlagengenehmigung gehandelt, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten bzw. Handeln Dritter könne aber kein verwaltungsstrafrechtliches Verhalten der Beschuldigten begründen. Es liege somit kein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Beschuldigten vor. Diese habe auch danach getrachtet und die jeweiligen Befüller angewiesen, rechtswidrige Zustände wieder zu beseitigen, was auch bei den

jeweiligen Befüllungen gemacht worden sei. Ein lückenloses durchgehendes Wiederherstellen sei aufgrund des Verhaltens der Gäste aber nicht möglich, die sich einfach rechtswidrig Platz schaffen würden, um die Konsumation zu tätigen, dies durch Entfernen der Zeitungs- und Prospekthalter.
Insofern gehe auch das Argument der Behörde ins Leere, wenn angeführt wird, dass der Beschuldigten beim regelmäßigen Befüllen bzw. Nachfüllen der Automaten bzw. den Mitarbeitern auffallen müsste, dass die Zeitungs- und Prospekthalter bzw. jene Utensilien, die ein Nutzen der Ablageflächen als Verabreichungsplatz verhindern sollen, entfernt seien. Die Beschuldigte bzw. die Mitarbeiter der Firma K GmbH hätten auch darauf geachtet und stets für Abhilfe gesorgt, wie bereits ausgeführt, ein lückenloses Wiederherstellen bzw. ständiges Aufrechterhalten des rechtmäßigen Zustandes sei offenbar nicht möglich, dies rücksichtlich des Verhaltens der Gäste, auf die, wie auch die belangte Behörde richtig ausführe, die Beschuldigte keinen Einfluss habe und für das Verhalten der Gäste auch nicht verantwortlich sei. Es liege somit hinsichtlich der der Beschuldigten angelasteten Verwaltungsübertretung weder die Erfüllung des objektiven noch subjektiven Tatbestandsmerkmales vor. Ungeachtet dessen, habe die Beschuldigte dafür gesorgt, dass entsprechend umgebaut worden sei und somit bauliche Maßnahmen geschaffen seien, die es den Gästen nicht mehr ermöglichen würden, hier quasi sich selber Verabreichungsplätze zu schaffen. Die Beschuldigte verweise dazu auf die zur Vorlage gebrachte Lichtbilddokumentation. Das Verfahren wäre daher bei richtiger rechtlicher Beurteilung einzustellen gewesen. In eventu erhebt die Beschuldigte auch Beschwerde wegen des Ausspruches über die Strafe. Die belangte Behörde gehe bei der Strafzumessung rücksichtlich des Strafrahmens bis 3.600 Euro davon aus, dass die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse, mit einem Nettoeinkommen von 3.500 Euro, die Strafe in Höhe von 700 Euro rechtfertigen würden. Diesbezüglich sei auszuführen, dass tatsächlich die Beschuldigte als Geschäftsführerin der K GmbH monatlich netto 800 Euro ins Verdienen bringe, wozu auch auf die aktuelle Lohn/Gehaltsabrechnung Oktober 2018 verwiesen werde, welches Einkommen auch zum Zeitpunkt der der Beschuldigten angelasteten Verwaltungsübertretung bestanden habe, sohin durchgehend monatlich gleich hoch sei. Schon alleine daraus gehe hervor, dass die Strafe wesentlich überhöht sei, zumal die Beschuldigte tatsächlich nur einen Bruchteil dessen ins Verdienen bringe, als von der Behörde angenommen worden sei. Des Weiteren sei selbst dann, wenn man von einer Verwaltungsübertretung ausgehen sollte, das Verschulden rücksichtlich des vorliegenden Sachverhaltes derart gering, dass es keiner Bestrafung bedürfe, sodass auch mit einer Ermahnung im Sinne des § 45 VStG vorgegangen hätte werden können und müssen.

Es werden daher die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge der Beschwerde Folge geben, das angefochtene Straferkenntnis aufheben und das Verfahren einstellen; in eventu der Beschwerde Folge geben und die Strafe herabsetzen bzw. eine Ermahnung aussprechen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis hat die Beschwerde samt Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) zur Entscheidungsfindung vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Bezug habenden Verwaltungsstrafakt sowie Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 7. März 2019, an der der Rechtsvertreter der Bf sowie ein Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Die Bf ist gewerberechtliche Geschäftsführerin der K GmbH, D, welche über die Gewerbeberechtigung für die Ausübung des Handelsgewerbes im Standort der Betriebsstätte in R, GISA-Zahl: 7, verfügt.
Die K GmbH betreibt im Standort R eine „Automatenlounge“ für den Verkauf von Getränken (nichtalkoholische Getränke sowie Bier) und Imbissen (inklusive Snacks aus Frittierautomat). Für die „Automatenlounge“ besteht eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung. Am 7. August 2018 wurde festgestellt, dass in der „Automatenlounge“ mehr als acht Verabreichungsplätze zum Konsum der Speisen und Getränke bereitgestellt waren.

Der hier festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.
In der mündlichen Verhandlung wurde vom Rechtsvertreter der Bf nicht bestritten, dass zum Tatzeitpunkt 7. August 2018 mehr als acht Verabreichungsplätze der „Automatenlounge“ bereitgestellt waren. Vorgebracht wurde vom Rechtsvertreter, dass mittlerweile bauliche Maßnahmen derart geschaffen wurden, dass nicht mehr als acht Verabreichungsplätze zur Verfügung stehen.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 154 Abs. 1 GewO 1994 steht den Gewerbetreibenden, die den Kleinhandel mit Lebensmitteln ausüben, das Recht zu, Speisen in einfacher Art zu verabreichen und nichtalkoholische Getränke und Bier auszuschenken, wenn hierbei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden.

Gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 bedarf es für die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe.
Gemäß § 94 Z 25 GewO 1994 handelt es sich dabei um ein reglementiertes Gewerbe.

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.

5.2. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht fest, dass zum Tatzeitpunkt mehr als acht Verabreichungsplätze der „Automatenlounge“ vorhanden waren, damit das Recht des Handelsgewerbetreibenden nach § 154 GewO 1994 überschritten und dadurch das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 GewO 1994 ausgeübt wurde, ohne dass eine Gewerbeberechtigung hierfür vorlag. Die Bf als gewerberechtliche Geschäftsführerin hat somit den objektiven Tatbestand der Verwaltungsübertretung erfüllt.

5.3. Die Bf hat die Tat aber auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. 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 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, wobei zur Strafbarkeit bereits Fahrlässigkeit ausreicht und Fahrlässigkeit im Sinne der zitierten Bestimmung ohne weiteres anzunehmen ist, sofern von der Bf kein Entlastungsnachweis erbracht wird.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Bf dabei initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus.

Ein solcher Entlastungsbeweis ist der Bf nicht gelungen. Soweit die Bf vorbringt, dass sie keinen Einfluss auf das rechtswidrige Verhalten der Gäste habe, welche die auf den Ablagen angebrachten Zeitungs- und Prospekthalter demontiert und gestohlen hätten, sodass mehr als acht Verabreichungsplätze zur Verfügung standen, so ist dem entgegen zu halten, dass es an der Bf gelegen ist, dafür zu sorgen, dass das Handelsgewerbe bzw. die „Automatenlounge“ gesetzeskonform betrieben wird. Insofern ist die Bf sehr wohl für das Verhalten der Kunden verantwortlich und hat diese von vornherein entsprechende Maßnahmen zu setzen, damit sämtliche Bestimmungen der Gewerbeordnung eingehalten werden. Die von der Bf nunmehr gesetzten baulichen Maßnahmen hätten auch schon zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen können.

Die Bf hat sohin die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zu vertreten.

5.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG 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 sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten der Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Straferkenntnis über die Bf eine Geldstrafe in Höhe von 700 Euro bei einem Strafrahmen bis zu 3.600 Euro verhängt. Straferschwerend wurden zwei einschlägige Vorstrafen gewertet, mildernd wurde kein Umstand gesehen. Mangels Angaben zu den persönlichen Verhältnissen der Bf ist die belangte Behörde von einer Schätzung, nämlich monatliches Nettoeinkommen von 3.500 Euro, überdurchschnittliches Vermögen und keine Sorgepflichten, ausgegangen und hat diese der Strafbemessung zu Grunde gelegt.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens wurde von der Bf dargelegt, dass sie lediglich über ein monatliches Nettoeinkommen von 800 Euro verfügt. Da nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Einkommensverhältnisse im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen sind, war dementsprechend die Geldstrafe herabzusetzen. Einer weiteren Herabsetzung stehen allerdings die zwei einschlägigen Vorstrafen entgegen und erscheint die verhängte Geldstrafe auch aus spezialpräventiven Gründen erforderlich.

Einer Anwendung des § 20 VStG konnte nicht nähergetreten werden, da hierfür die Voraussetzung, nämlich ein erhebliches Überwiegen der Milderungsgründe, nicht vorlag. Zudem konnte der Bf auch der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht mehr zu Gute gehalten werden.

Nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung und Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden der Beschuldigten gering sind. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, da schon die kumulativ erforderliche

Voraussetzung der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes für die Verwaltungsübertretung nicht gegeben ist.

Zu II.:

Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren war entsprechend herabzusetzen.

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.

Rechtsmittelbelehrung

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier