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-800403/13/Bm/Rd

Datum:
Linz, 27. Mai 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des Dr. W.M., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 21. August 2020, GZ: BHRI/920120025835/20, wegen Übertretung der GewO 1994 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. April 2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 400 Euro (das sind 20% der verhängten Geldstrafe) zu leisten.

III. 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. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 21. August 2020, GZ: BHRI/920120025835/20, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 2.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen und 18 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 94 Z 26 und § 339 sowie § 1 Abs. 4 GewO 1994 verhängt.

Nachstehender Tatvorwurf wurde dem Beschwerdeführer im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses zur Last gelegt:

„Datum/Zeit: 04.06.2020, 11:00 Uhr
Ort: R., X

Sie sind handelsrechtlicher Geschäftsführer der S. GmbH und somit gem. § 9 VStG für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich.

Die S. GmbH hat am 4.6.2020 im Standort R., X, alkoholische Getränke (X Y) gegen Entgelt verabreicht bzw. hat sie alkoholische und alkoholfreie Getränke mit Ertragsabsicht zum Kauf an einen größeren Kreis von Personen in Form von Getränkekarten angeboten und dadurch das Gastgewerbe in der Betriebsart Cafe selbständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl Sie dafür keine Gewerbeberechtigung besitzt.“

2. Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde erhoben und darin die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Geldstrafe, beantragt.
Begründend wurde hierzu ausgeführt, dass die im Bescheid angeführten Getränke nicht gegen Entgelt verabreicht bzw. nicht zum Kauf angeboten worden seien, da jene Getränke an die Gäste im Lokal verschenkt worden seien. Dadurch sei nicht das Gastgewerbe in der Betriebsart Cafe selbständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt worden, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.
Weiters wurde gerügt, dass es sich bei der Begründung bezüglich der Strafbemessung um eine Scheinbegründung handle, da die belangte Behörde die Frage nach dem Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung jener Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und den Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, nicht beantwortet habe. Es sei auch der Schuldgehalt der Tat nicht erörtert worden und habe die belangte

Behörde nicht geprüft, ob die Tat einen besonderen Auffälligkeitswert in der Öffentlichkeit erreicht habe.
Die belangte Behörde habe nicht dargelegt, aus welchen Erwägungen sie unter Zugrundelegung dieser Strafzumessungskriterien die konkrete Tat innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens hinsichtlich Straftat und Strafausmaß gerade so gewertet habe, wie dies im Spruch zum Ausdruck gekommen sei. Es obliege der Behörde, in Befolgung der Anordnung des § 60 AVG in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes in Richtung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes belaste das Unterbleiben der Feststellung vorhandener Milderungsgründe bzw. die unzutreffende Wertung von Umständen als Erschwerungsumstände den Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb der vollständigen und richtigen Anführung der Strafzumessungsgründe von der Behörde ein besonderes Augenmerk zuzuwenden sei.
Von der belangten Behörde seien die Milderungsgründe, wonach der Beschwerdeführer bislang einen ordentlichen Lebenswandel geführt und die Tat mit seinem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch stehe, trotz Vollendung der Tat der Beschwerdeführer keinen Schaden herbeigeführt sowie dass sich der Beschwerdeführer ernstlich bemüht habe, nachteilige Folgen zu verhindern, nicht entsprechend festgestellt worden.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis hat die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. April 2021, zu welcher die Verfahrensparteien eingeladen wurden. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat am 21. April 2021 - kurz vor Beginn der Verhandlung – mitgeteilt, dass diese seinerseits unbesucht bleibt. Die belangte Behörde hat sich entschuldigt. Das Verfahren wurde zur gemeinsamen Verhandlung mit einem weiteren den Beschwerdeführer betreffenden Strafverfahren verbunden. Dabei handelt es sich um das Verfahren zu GZ: LVwG-800410. Zum Verfahren LVwG-800410 wurden T.R. und R.S. als Zeugen geladen und zeugenschaftlich einvernommen.

4.1. Folgender Sachverhalt wurde festgestellt und der Entscheidung zugrunde gelegt:

Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der S. GmbH mit dem Sitz in R., X, und verfügt er laut GISA-Auszug über keine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe. Mit Erkenntnis des

Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 13. Februar 2020, LVwG-851349/8/Bm/Ak, wurde festgestellt, dass dem Beschwerdeführer zu Recht die Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes nach der Gewerbeordnung 1994 entzogen wurde.

Anlässlich einer behördlichen Überprüfung am 4. Juni 2020 konnte festgestellt werden, dass durch die S. GmbH, dabei handelt es sich um das Wettlokal „K." im Standort X, R. gegen Entgelt alkoholische und nichtalkoholische Getränke verabreicht wurden. Im Lokal waren Getränkekarten mit Preisangabe und kleine Werbesteher mit der Aufschrift „S. Hell" aufgestellt. Weiters war an der an der Wand befestigten Schwarzen Tafel vermerkt „alle X säfte 2,40". Zudem konnte ein Rechnungsbeleg, mit der Aufschrift K. S. GmbH, X, R., versehen mit dem Datum: 04.06.2020, Benutzer: Hr. L., mit der Nr. x, sichergestellt werden, aus welchem hervorgeht, dass 1 x 0,5l S. G. (Flasche) zu einem Preis von 2,20 Euro, verkauft worden ist. Der Kassabon weist zudem noch Folgendes auf: RKSV 2017, KassenID: Filiale R., Belegnummer: x, Belegdatum: 04.06.2020 11:00:56. Aufgrund des ausgedruckten Kassabons erfolgte die Verabreichung auf Rechnung der S. GmbH, X, R.

Seitens des Beschwerdeführers wurden keine Beweismittel dargelegt, die seine in der Beschwerde angeführten Behauptungen stützen würden. Die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach Gratisgetränke im Lokal ausgegeben worden seien, erscheint angesichts des vorliegenden Rechnungsbelegs und der Getränkekarten mit Preisauszeichnung unglaubwürdig.

4.2. Diese Feststellungen gründen sich auf die im Akt einliegenden Unterlagen und Fotos, insbesondere des vorgelegten Rechnungsbelegs vom 4. Juni 2020.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. 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.

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hierbei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

§ 1 Abs. 3 bis 5 GewO 1994 lautet:
„(3) Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.
(4) Auch eine einmalige Handlung gilt als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Die Veröffentlichung über eine den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit in Registern gilt nicht als Ausübung, wenn die Veröffentlichung auf Grund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.
(5) Die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.“

Gemäß § 5 Abs. 1 GewO 1994 dürfen Gewerbe, soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt, bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen aufgrund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden.

Nach § 339 Abs. 1 GewO 1994 hat, wer ein Gewerbe ausüben will, die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.

Gemäß § 94 Z 26 GewO 1994 handelt es sich beim Gastgewerbe um ein reglementiertes Gewerbe.

5.2. Im Grunde des durchgeführten Beweisverfahrens steht fest, dass der Beschwerdeführer selbständig, regelmäßig und auf Gewinn gerichtete gastgewerbliche Tätigkeiten jedenfalls zum Tatzeitpunkt 4. Juni 2020 im Wettlokal „K.“, X, R., vorgenommen hat, obwohl er keine Berechtigung für die Ausübung des Gastgewerbes besessen hat, da er aufgrund zahlreicher Verurteilungen von der Ausübung des Gastgewerbes ausgeschlossen war. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.
Es ist darauf zu verweisen, dass nach § 1 Abs. 4 GewO 1994 das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen der Ausübung des Gewerbes gleichzuhalten ist. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit iSd § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 ist dann erfüllt, wenn einer an einen größeren Kreis von Personen gerichteten Ankündigung die Eignung zukommt, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, dass eine unter den Wortlaut der Ankündigung fallende gewerbliche Tätigkeit entfaltet wird (vgl. dazu zB. VwGH 06.11.2002, 2002/04/0081 uva). Vorliegend waren im gegenständlichen Lokal Getränkekarten mit Preisangabe aufgestellt. Dass der Aufstellung solcher Getränkekarten bei einem öffentlich

zugänglichen Lokal die Eignung zukommt, den Eindruck zu erwecken, es wird eine gastgewerbliche Tätigkeit ausgeübt, steht außer Zweifel.

5.3. Bei der Verwaltungsübertretung der unbefugten Gewerbeausübung nach § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Im Fall eines Ungehorsamsdeliktes tritt insofern eine Umkehrung der Beweislast ein, als die Behörde lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Der Beschuldigte hat in solchen Fällen durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln bzw. durch die Stellung konkreter Beweisanträge initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Gegenständlich ist dem Beschwerdeführer ein solcher Entlastungsbeweis nicht gelungen. Damit hat der Beschwerdeführer die Tat auch in subjektiver Hinsicht zu vertreten.

6. Gemäß § 19 Abs. 1 und Abs. 2 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind im ordentlichen Verfahren 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

6.1. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Straferkenntnis über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von 2.000 Euro bei einem Strafrahmen bis zu 3.600 Euro verhängt. Straferschwerend wurde eine Vielzahl an Verwaltungsstrafvormerkungen, die auch letztlich zur Aberkennung der Zuverlässigkeit zur Gewerbeausübung führte, gewertet. Strafmildernd konnten keine Umstände erkannt werden. Der Strafbemessung wurden – mangels Angaben des Beschwerdeführers – durchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse zugrunde gelegt. Angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer die Tat

vorsätzlich begangen hat, um den Gewerbeausschlussgrund zu umgehen, ist schon aus generalpräventiven Überlegungen eine spürbare Geldstrafe zu verhängen.
Auch liegt keine Unbescholtenheit des Beschwerdeführers vor. Die Verhängung dieser Geldstrafe erscheint auch erforderlich, um den Beschwerdeführer künftighin von einer weiteren Tatbegehung abzuhalten. Zu berücksichtigen ist auch, dass durch die unrechtmäßige Gewerbeausübung eine Wettbewerbsverzerrung gegenüber jenen Gewerbetreibenden stattfindet, die im Rahmen einer aufrechten Gewerbeanmeldung ihr Gewerbe rechtmäßig betreiben.
Eine Ermessensüberschreitung bzw. eine unzureichende Ermessensabwägung seitens der belangten Behörde, wie vom Beschwerdeführer gerügt, konnte das Landesverwaltungsgericht nicht erkennen.
Einer Anwendung des § 20 VStG konnte nicht nähergetreten werden, da hierfür die Voraussetzungen nicht vorlagen.
Gemäß § 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 des Beschuldigten gering sind. Diese kumulativen Anwendungsvoraussetzungen wurden vom Beschwerdeführer nicht erfüllt. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. Die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ermahnung liegen gegenständlich nicht vor, schon gar nicht jene zur Einstellung des Verfahrens.

Zu II.:

Die Kostenentscheidung gründet auf der zitierten Gesetzesbestimmung. Gemäß § 52 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG war dem Beschwerdeführer ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe aufzuerlegen.

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 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. Bismaier