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-800435/2/MS

Datum:
Linz, 14. Juli 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des H W, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 27. Mai 2021, GZ: BHRO/920130283309/20, betreffend die Übertretung der Gewerbeordnung (GewO 1994)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben als die Geldstrafe auf 700 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 2 Tage und 17 Stunden herabgesetzt wird.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Die Kosten für das Verfahren vor der belangten Behörde werden mit 70 Euro festgesetzt.

IV. 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

I. Verfahrensgang:

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 27. Mai 2021, GZ: BHRO/920130283309/20 (im Folgenden: belangte Behörde) wurde über Herrn H W (im Folgenden: Beschwerdeführer) wegen der Übertretung des § 366 Abs. 1 Z. 1 iVm § 94 Z. 71 GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von 1000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage) verhängt und ihm Folgendes zur Last gelegt:

„Datum/Zeit: 01.01.2020 – 31.03.2020
Ort: F, A P
Sie haben im Zeitraum von 01.01.2020 bis 31.03.2020 auf dem Standort F, den Boden abgetragen und wieder neu verlegt, sowie alte Türen ausgebaut und durch neue Türen ersetzt und dadurch das Tischlergewerbe selbstständig, regelmäßig und in der Absicht ausgeübt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, obwohl sie dafür keine Gewerbeberechtigung besitzen. Für die durchgeführten Arbeiten haben Sie 3.483,36 Euro erhalten."

Als Kostenbeitrag wurden 100 Euro vorgeschrieben.

Gegen dieses Straferkenntnis, das dem Beschwerdeführer am 31. Mai 2021 zugestellt wurde, richtet sich die am 25. Juni 2021 verfasste und rechtzeitig eingebrachte und als Berufung bezeichnete Beschwerde, in der Folgendes ausgeführt wurde:

„Warum soll ich H W 1000 € Strafe zahlen. Wenn ich Umsatzsteuer und Einkommenssteuer bezahle. Darum mache ich Berufung dagegen."

Mit Schreiben vom 6. Juli 2021 legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde unter gleichzeitiger Übermittlung des behördlichen Strafaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und gab bekannt, dass auf die Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung sowie auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet wird.

Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt, aus dem sich folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt ableiten ließ:

Der Beschwerdeführer führte zwischen 1. Jänner 2020 und 31. März 2020 bei Frau A F in F folgende Arbeiten aus:

- Abtragung des Bodens bis zur Balkontür, Absenken des Unterbodens und Neuverlegung
- Entfernung alter Türen und Einsetzen neuer Türen.

Dafür stellte der Beschwerdeführer der Kundin einen Betrag von 3.483,36 Euro in Rechnung.

Der Beschwerdeführer ist selbständiger Forstwirt und verfügt er über keine Gewerbeberechtigung für die Ausübung des Tischlergewerbes. Der Beschwerdeführer verfügte von 5. November 2002 bis 7. Oktober 2008 über das Gewerbe des Bodenlegers, eingeschränkt auf Bürobetrieb.

Der Beschwerdeführer verfügt über ein monatliches Einkommen von 1000 Euro, hat keine Sorgepflichten und verfügt über kein Vermögen.

Dass der Beschwerdeführer die hier ggst. Arbeiten bei der genannten Kundin durchgeführt hat, ergibt sich aus der im Akt einliegenden Rechnung mit der Rechnungsnummer x.

Dass die Arbeiten im ersten Quartal 2020 durchgeführt wurden ergibt sich aus einem im Akt einliegenden E-Mail der Rechtsvertretung der Kundin des Beschwerdeführers.

Dass der Beschwerdeführer selbständiger Forstwirt ist und über ein monatliches Einkommen von 1000 Euro verfügt, keine Sorgepflichten und kein Vermögen hat, ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Vermögensverzeichnis nach § 47 EO.

Dass der Beschwerdeführer über keine Gewerbeberechtigung für das Tischlereigewerbe besitzt, ergibt sich aus der im Akt einliegenden GISA-Abfrage.

Dass die Tätigkeit selbstständig, regelmäßig und in Ertragsabsicht ausgeübt wird, ergibt sich aus der im Akt einliegenden Rechnung, aus der geschlossen werden kann, dass die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird, dass sie regelmäßig, dh. wiederholt ausgeübt wurde und Ertragsabsicht vorliegt.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind.

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 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; hiebei 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.

Gemäß § 1 Abs. 3 GewO liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

Gemäß § 1 Abs. 4 GewO gilt auch eine einmalige Handlung 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.

Gemäß § 1 Abs. 5 GewO liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

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

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

Gemäß § 94 Z. 71 GewO ist Tischler ein reglementiertes Gewerbe.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht fest, dass der Beschwerdeführer selbständig, regelmäßig und auf Gewinn gerichtete gewerbliche Tätigkeiten im Tatzeitraum in F, A P vorgenommen hat, obwohl er keine Berechtigung für die Ausübung des Tischlergewerbes hatte. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

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. Das Vorbringen, er bezahle Umsatzsteuer, war nicht geeignet, glaubhaft zu machen, dass den Beschwerdeführer an der ihm angelasteten Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft, ist er doch als selbständiger Forstwirt bereits umsatzsteuerpflichtig und vermag die Tatsache, dass der Beschwerdeführer Umsatzsteuer abführt, die fehlende Gewerbeberechtigung nicht zu ersetzen. Damit hat der Beschwerdeführer zumindest fahrlässig gehandelt und ist ihm die Tat auch in subjektiver Hinsicht vorwerfbar.

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.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Straferkenntnis über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von 1000 Euro bei einem Strafrahmen bis zu 3600 Euro verhängt. Mildernd wurde die bisherige Unbescholtenheit des Beschwerdeführers gewertet.
Als erschwerend wurde kein Umstand gewertet.
Der Strafbemessung wurden – mangels Angaben des Beschwerdeführers – durchschnittliche Einkommens- und Vermögensverhältnisse zugrunde gelegt.
Aus dem im Akt einliegenden Vermögensverzeichnis geht hervor, dass der Beschwerdeführer als selbständiger Forstwirt über ein monatliches Einkommen

von 1000 Euro verfügt, keine Sorgepflichten wahrnehmen muss und kein Vermögen hat. Diese Einkommenssituation ist der Strafbemessung zugrunde zu legen.
Wie die belangte Behörde zu Recht angeführt hat, schädigt eine unbefugte Ausübung des Gewerbes das an der ordnungsgemäßen Ausübung des Gewerbes bestehende öffentliche Interesse, dem die Strafdrohung dient, in einem nicht unerheblichen Ausmaß.

Die Verhängung einer Geldstrafe erscheint jedenfalls 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.

Dennoch erscheint die mit 1000 Euro festgesetzte Strafe im Hinblick auf die Einkommens- und Vermögenssituation, wie sie sich aufgrund des Vermögensverzeichnisses darstellt, doch überhöht und ist eine Geldstrafe in der Höhe von 700 Euro als angemessen zu betrachten, um der hier erforderlichen Spezialprävention gerecht zu werden. Die Ersatzfreiheitsstrafe war verhältnismäßig anzupassen.

Gemäß § 52 Abs. 2 erster Satz VwGVG ist dieser Beitrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen.
Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. 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

Dr. Süß