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-800457/2/Bm

Datum:
Linz, 23. November 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des P L, X, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 17. August 2021, GZ: BHPE/920110002595/20, wegen Verwaltungsübertretungen nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als hinsichtlich Faktum I. gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG von der Fortführung des Strafverfahrens abgesehen und dessen Einstellung verfügt wird. Hinsichtlich Faktum II. werden die verhängte Geldstrafe auf 200 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 3 Stunden herabgesetzt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verfahren wird mit 20 Euro (10 % der nunmehr hinsichtlich Faktum II. verhängten Geldstrafe) bestimmt.

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 Perg (in der Folge: belangte Behörde) vom 17. August 2021, GZ: BHPE/920110002595/20, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) hinsichtlich der Fakten I. und II. eine Geldstrafe von jeweils 1.000 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 17 Stunden wegen Verwaltungsübertretungen gemäß § 365m1 Abs. 11 und § 365z Abs. 7 GewO 1994 verhängt.

Nachstehende Tatvorwürfe wurden dem Bf im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses zur Last gelegt:

„Sie haben als gem. § 370 Abs. 1 GewO 1994 gewerberechtlicher Geschäftsführer der X GmbH, wie am 16.01.2020 im Zuge einer Vorortkontrolle am Unternehmenssitz der X GmbH in X, X, festgestellt werden konnte, zu verantworten, dass die sonstigen Bestimmungen der §§ 365m1 bis 365z Abs. 7 GewO 1994 betreffend Maßnahmen zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung wie folgt nicht eingehalten wurden:

I. Interne Meldesysteme:
Es wurden keine angemessenen Verfahren gem. § 365m1 Abs. 11 GewO 1994 verfügt, über die die Angestellten der X GmbH oder Personen in einer vergleichbaren Position Verstöße intern über einen speziellen, unabhängigen und anonymen Kanal melden können und die in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Größe der X GmbH stehen.

II. Interne Schulungen:
Es wurden keine angemessenen Maßnahmen gem. § 365z Abs. 7 GewO 1994 verfügt, die in angemessenem Verhältnis zu den Risiken und der Art und Größe der X GmbH stehen, die die Angestellten der X GmbH die aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften (einschließlich einschlägiger Datenschutzbestimmungen) kennen. Diese Maßnahmen schließen die Teilnahme der Angestellten der X GmbH an besonderen fortlaufenden Fortbildungsprogrammen ein, bei denen sie lernen, möglicherweise mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängende Transaktionen zu erkennen und sich in solchen Fällen richtig zu verhalten.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen wurde fristgerecht eine auf das Strafausmaß beschränkte Beschwerde eingebracht. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Unternehmen sei ein Familienbetrieb, in dem nur ein externer Mitarbeiter mit Zahlungsmodalitäten und Geldverkehr zu tun gehabt habe. Aus diesem Grund sei das „interne Meldesystem“ dem Bf immer komisch vorgekommen. Falls jemand etwas „anonym“ in einem „Postkasten“ gemeldet hätte, hätte das immer nur dieser Mitarbeiter sein können. Da das von vornherein nicht anonym sein könne, habe das

Unternehmen keinen Sinn im anonymen Meldesystem gesehen. Nichtsdestotrotz sei schon vor vielen Monaten ein „Postkasten“ installiert worden. Mit der internen Schulung verhalte es sich ähnlich. Bei vielen Gelegenheiten (beim Mittagstisch, im Gespräch mit Geschäftspartnern und Kunden, ...) sei über das Geldwäschegesetz und mögliche und umzusetzende Maßnahmen gesprochen worden. Leider seien dazu keine Aufzeichnungen gemacht worden. Unsere Stellungnahme und Rechtfertigung sei nicht berücksichtigt worden, obwohl sie vermutlich nur vier Tage über der Zeit eingebracht worden sei. Darüber hinaus sei zu beachten, dass nur sehr wenige X zurzeit noch zur Gänze bar bezahlt würden. Von allen Käufern werde im Unternehmen der Ausweis kopiert und würde von den Käufern die PEP-Erklärung unterschrieben werden. 2.200 Euro Strafe würden den Bf in finanzielle Schwierigkeiten bringen. Der Bf habe seit einigen Monaten eine kleine Familie, das Haus sei noch lange nicht abbezahlt und könne er sich ein vergleichsweise nur geringes Gehalt auszahlen. Es werde daher beantragt, die Summe der Strafe zu verringern bzw. eine Ermahnung auszusprechen.

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

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht.

Da sich die Beschwerde nur gegen die Höhe der Strafe richtet und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat, konnte von der Durchführung einer solchen abgesehen werden.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Da das LVwG Oö. gemäß § 9 VwGVG an die vom Bf angegebenen Beschwerdepunkte gebunden ist und gegenständlich ausschließlich die Strafbemessung in Beschwerde gezogen wurde, war auf den Tatvorwurf dem Grunde nach nicht einzugehen.

5.2. Gemäß § 365m1 Abs. 11 GewO 1994 hat der Gewerbetreibende über angemessene Verfahren zu verfügen, über die seine Angestellten oder Personen in einer vergleichbaren Position Verstöße intern über einen speziellen, unabhängigen und anonymen Kanal melden können und die in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Größe des betreffenden Gewerbebetriebes stehen. Die Verfahren nach diesem Absatz müssen den Anforderungen des Abs. 10 Z 2 bis 5 entsprechen.

Nach § 365z Abs. 7 GewO 1994 hat der Gewerbetreibende durch Maßnahmen, die in angemessenem Verhältnis zu seinen Risiken und der Art und Größe seines Gewerbebetriebes stehen, sicherzustellen, dass seine Angestellten die aufgrund

dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften, einschließlich einschlägiger Datenschutzbestimmungen, kennen. Diese Maßnahmen schließen die Teilnahme seiner Angestellten an besonderen fortlaufenden Fortbildungsprogrammen ein, bei denen sie lernen, möglicherweise mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zusammenhänge Transaktionen zu erkennen und sich in solchen Fällen richtig zu verhalten.

Gemäß § 366b Abs. 2 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 20.000 Euro zu bestrafen ist, wer die sonstigen Bestimmungen der §§ 365m1 bis 365z Abs. 7 betreffend Maßnahmen zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nicht befolgt.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder 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.
Nach § 45 Abs. 1 zweiter Satz VStG kann die Behörde anstatt die Einstellung zu verfügen, 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.

5.3. Zu Faktum I.:

Im Kommentar Gruber/Paliege-Barfuß, GewO[7] § 365m1 wird unter Rz 18 zu der Bestimmung des § 365m1 Abs. 11 GewO 1994 ausgeführt, dass in die Betrachtung der Größe des Betriebes auch die Betrachtung des Umsatzes einzufließen haben wird. Weiters wird festgehalten, „als ‚unabhängiger und anonymer Kanal' wird jede Art von Vorkehrung verstanden werden können, die eine wirkungsvolle Weiterleitung von Informationen unter Geheimhaltung der Identität des Meldenden ermöglicht. Auch hinsichtlich der Verpflichtung zur Einrichtung eines solchen ‚unabhängigen und anonymen Kanals' ist das Proportionalitätsprinzip (vgl. den Erwägungsgrund 27 der 4. Geldwäsche-RL) zu berücksichtigen. In diesem Sinn wird § 365m1 Abs. 11 in richtlinienkonformer Auslegung jedenfalls bei Einpersonenunternehmen und bei Unternehmen mit nur einem Mitarbeiter ins Leere gehen (EB 2. GewONov 2017)."

§ 45 Abs. 1 Z 4 VStG privilegiert Übertretungen durch die Anordnung der Einstellung des Verfahrens in den Fällen, in welchen einerseits die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat, andererseits das Verschulden gering ist. Dieser Einstellungsgrund entspricht im Wesentlichen § 21 Abs. 1 VStG aF, sodass die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Vorschrift grundsätzlich auf § 45 Abs. 1 Z 4 VStG übertragen werden kann (vgl. VwGH 21.03.2014, 2013/06/0246). Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist somit einerseits ein geringfügiges Verschulden

und andererseits lediglich unbedeutende Folgen der Tat. Von geringem Verschulden ist nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleibt (vgl. dazu näher mwN Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2, Rz 3 zu § 45).
Da - wie oben ausgeführt - bei der Verpflichtung nach § 365m1 Abs. 11 leg. cit. die Größe des Betriebes und die Betrachtung des Umsatzes einzufließen haben und bei einem Einpersonenunternehmen und bei Unternehmen mit nur einem Mitarbeiter überhaupt davon auszugehen ist, dass diese Bestimmung ins Leere geht, kann gegenständlich der angenommenen Übertretung ein Unrechtsgehalt nicht zukommen. Die Tat hat nach dem Akteninhalt auch keine Folgen nach sich gezogen, weshalb das angefochtene Straferkenntnis hinsichtlich Faktum I. dahingehend abzuändern ist, dass das Verwaltungsstrafverfahren nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG - ohne Erteilung einer Ermahnung - einzustellen war.

5.4. Zu Faktum II.:

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.

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 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.

5.5. Von der belangten Behörde wurde im angefochtenen Straferkenntnis über den Bf hinsichtlich Faktum II. eine Geldstrafe von 1.000 Euro bei einem Strafrahmen bis zu 20.000 Euro verhängt. Als Verschuldensform wurde Fahrlässigkeit angenommen, mildernd wurde die bisherige Unbescholtenheit des Bf sowie dass sich der Bf bei der Vorortkontrolle kooperativ gezeigt hat gesehen. Ebenso wurde mildernd berücksichtigt, dass der Bf nach der Vorortkontrolle am 16. Jänner 2020

die bemängelten Punkte durch Ermahnung und Aufklärung sofort verbessert und umgesetzt hat. Erschwerend wurde angenommen, dass es sich zum Tatzeitpunkt bereits um die zweite Vorortkontrolle gehandelt hat und der Bf somit trotz Kenntnis über die geltenden Vorschriften diese nicht befolgt hat. Das monatliche Nettoeinkommen wurde mangels Angaben des Bf auf 2.000 Euro geschätzt. Außerdem wurde angenommen, dass der Bf keine Sorgepflichten bzw. kein Vermögen hat.

Der Bf hat nunmehr in der Beschwerde angegeben, dass er zumindest Sorgepflichten für ein Kind und Schulden für das Einfamilienhaus hat.
Vor dem Hintergrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit und vor allem der geänderten Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Bf erscheint dem erkennenden Gericht die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe von insgesamt 2.000 Euro als erhöht. Unter Berücksichtigung der oben beschriebenen Umstände erscheint die nunmehr verhängte Geldstrafe sowohl aus general- als auch spezialpräventiven Gründen als angemessen. Die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe war demnach in einem angemessenen Verhältnis zur konkret verhängten Geldstrafe festzulegen.

5.6. Einer Anwendung des § 20 VStG konnte nicht nähergetreten werden, da hierfür die Voraussetzungen nicht vorliegen.

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. Ausgehend von dem Umstand, dass es sich bei der angeführten Vorortkontrolle am 16. Jänner 2020 bereits um die zweite Kontrolle gehandelt hat, kann nicht von einem geringen Verschulden ausgegangen werden und sind sohin bei Faktum II. die in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG normierten kumulativen Anwendungsvoraussetzungen vom Bf nicht erfüllt.

Zu II.:

Weil die Beschwerde teilweise Erfolg hatte, entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG. 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.

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier