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-800467/2/HW

Datum:
Linz, 22. Dezember 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über die Beschwerde von K K, x, x, vertreten durch die B R.gmbH, x, x, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 12.01.2022, GZ: 0036069/2020, wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994

zu Recht:

I. Es wird der Beschwerde insoweit stattgegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 220 Euro, die Ersatzfreiheitsstrafe auf 33 Stunden und der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Strafverfahrens auf 22 Euro herabgesetzt werden. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

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

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde über den Beschwerdeführer (kurz „Bf“) eine Geldstrafe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 46 Stunden) gemäß § 367 Z 24a iVm § 76a Abs. 1 und 3 Gewerbeordnung 1994 (GewO) verhängt, wobei der Spruch unter anderem wie folgt lautet:
„Der Beschuldigte, Herr K K, geboren am x, hat als nach § 370 Abs. 1 Gewerbeordnung (GewO) 1994 verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher gewerberechtlicher Geschäftsführer der K K GmbH mit Sitz in x, x, nachstehend angeführte Verwaltungsübertretung zu verantworten:
Die K K GmbH hat, wie anlässlich einer Kontrolle durch den Erhebungsdienst des Magistrates Linz festgestellt wurde, als Gewerbeinhaberin am x um x Uhr bei der Betriebsanlage (Fleischereibetrieb) am Standort x, x, einen Gastgarten mit 11 Verabreichungsplätzen auf Privatgrund (WAG), angrenzend an eine öffentliche Verkehrsfläche, ohne Anzeige an die Behörde betrieben, indem sich dort zum angeführten Tatzeitpunkt ein Gast aufhielt, welcher ein Getränk und Speisen konsumierte, obwohl gemäß § 76a Abs. 3 GewO 1994 der Betrieb eines Gastgartens iSd § 76a Abs. 1 der Behörde vorher anzuzeigen ist.“

I.2. In der dagegen erhobenen Beschwerde wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Voraussetzungen des § 33a VStG (bzw. von § 45 Abs. 1 Z 4 VStG) vorliegen würden. Es wird in diesem Zusammenhang unter anderem insbesondere vorgebracht, dass dem Bf, wenn überhaupt, die Unkenntnis der Anzeigepflicht, anzulasten sei sowie, dass der Bf darauf vertraut habe, dass die Verabreichungsplätze keinen Gastgarten darstellen würden und deshalb nicht anzuzeigen wären. Beantragt werden abschließend die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung bzw. die Herabsetzung der Strafe.

II.1. Folgender Sachverhalt wird in Ergänzung zu den Punkten I.1. und I.2. als erwiesen angenommen:
Die K K GmbH verfügt über die Gewerbeberechtigungen für die Gewerbe Fleischer sowie Handels- und Handelsagentengewerbe. Der Bf ist gewerberechtlicher Geschäftsführer der K K GmbH. Beim Bf ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.500 Euro und keinen Sorgepflichten auszugehen. Es liegen betreffend den Bf zwei nicht getilgte Vormerkungen wegen Übertretungen nach § 367 Z 25 GewO vor.
Die K K GmbH hat als Gewerbeinhaberin am x um x Uhr bei der Betriebsanlage (Fleischereibetrieb) am Standort x, x, einen Gastgarten mit 11 Verabreichungsplätzen auf Privatgrund, angrenzend an eine öffentliche Verkehrsfläche, ohne Anzeige an die Behörde betrieben, wobei sich dort zum angeführten Tatzeitpunkt ein Gast aufhielt, welcher ein Getränk und Speisen konsumierte.

Die Behörde hat den Bf mit Schreiben vom 30.08.2021 aufgefordert, eine Anzeige gemäß § 76a GewO einzureichen, dieser Aufforderung ist der Bf nachgekommen, wobei die Behörde danach mit Schreiben vom 09.12.2021 mitteilte, dass keine Untersagungsgründe bestehen.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem von der Behörde vorgelegten Akt, wobei im Einzelnen noch Folgendes auszuführen ist: Aus den GISA-Auszügen folgen die Gewerbeberechtigungen sowie der Umstand, dass der Bf gewerberechtlicher Geschäftsführer ist. Dass der Bf über ein monatliches Einkommen von 2.500 Euro verfügt, wurde bereits von der belangten Behörde angenommen und es ist der Bf diesen angenommenen Verhältnissen nicht substantiiert entgegengetreten. Diese Annahme wird daher auch vom Landesverwaltungsgericht der Strafbemessung zu Grunde gelegt. Dass Sorgepflichten oder für die Strafbemessung relevante Schulden vorliegen würden, wurde vom Bf trotz des Schreibens vom 14.09.2021 nicht vorgebracht, sodass das Landesverwaltungsgericht diesbezüglich vom Nichtvorliegen ausgeht. Die Feststellungen betreffend die Verwaltungsstrafen gründen auf dem Strafregisterauszug. Die Feststellung, wonach die K K GmbH zum Tatzeitpunkt bei der Betriebsanlage am Standort x, x, einen Gastgarten mit 11 Verabreichungsplätzen auf Privatgrund, angrenzend an eine öffentliche Verkehrsfläche, ohne Anzeige an die Behörde betrieben hat, liegt bereits dem angefochtenen Straferkenntnis zu Grunde und es steht dies mit dem im Behördenakt befindlichen Bericht samt Fotos im Einklang. Der Bf hat dies in der Beschwerde im Übrigen auch nicht bestritten, sodass das Landesverwaltungsgericht von der Richtigkeit dieser Umstände ausgeht. Die Feststellungen betreffend das Schreiben vom 30.08.2021 und die Anzeige gründen auf den entsprechenden Unterlagen.
Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde von den Parteien ausdrücklich verzichtet.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 76a Abs. 1 GewO ist für Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, für die Zeit von 8 bis 23 Uhr keine Genehmigung erforderlich, wenn bestimmte in dieser Bestimmung normierte Voraussetzungen vorliegen. Gemäß § 76a Abs. 3 GewO ist der Betrieb eines Gastgartens im Sinne des § 76a Abs. 1 GewO der Behörde vorher anzuzeigen. Gemäß § 367 Z 24a GewO begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2.180 Euro zu bestrafen ist, wer entgegen § 76a Abs. 3 GewO den Betrieb des Gastgartens nicht anzeigt.

III.2. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass die K K GmbH am x um x Uhr bei der Betriebsanlage (Fleischereibetrieb) am Standort x, x, einen

Gastgarten auf Privatgrund, angrenzend an eine öffentliche Verkehrsfläche, ohne Anzeige an die Behörde betrieben hat. Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine Anzeige gemäß § 76a Abs. 3 GewO nicht möglich bzw. nicht zumutbar gewesen wäre. Im Hinblick auf das Vorbringen des Bf (zum Verschulden) ist in diesem Zusammenhang noch auszuführen, dass den Bf als gewerberechtlichen Geschäftsführer die Verpflichtung trifft, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen und vom Bf daher die Kenntnis der sein Gewerbe betreffenden Vorschriften und in Ansehung seiner gewerblichen Betriebsanlage die Kenntnis des Umfanges der ihm erteilten Berechtigungen zu erwarten ist (vgl. VwGH 15.09.1987, 87/04/0026; 13.11.1997, 97/07/0062; 04.10.2012, 2010/09/0077). Es ist im vorliegenden Fall daher von Fahrlässigkeit und sohin der belangten Behörde folgend auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

Im Ergebnis kann der belangten Behörde daher nicht entgegen getreten werden, wenn sie vom Vorliegen einer Verwaltungsübertretung ausgeht (welche der Bf als gewerberechtlichen Geschäftsführer zu verantworten hat).

III.3. Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sind. Zudem sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und es sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Das Vorliegen von zwei einschlägigen Vormerkungen wegen Übertretungen des § 367 Z 25 GewO wurde von der Behörde mit Recht als erschwerend gewertet. Mildernd ist bei der Strafzumessung im gegenständlichen Fall zugunsten des Bf zu berücksichtigen, dass der Bf die Anzeige gemäß 76a Abs. 3 GewO mittlerweile erstattet hat und von der Behörde auch festgestellt wurde, dass keine Untersagungsgründe vorliegen. Angesichts dessen und bei Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falls, insbesondere der im Spruch angelasteten Tat, der fahrlässigen Begehungsweise, der geringfügigen Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der konkreten Einkommensverhältnisse, erscheint dem erkennenden Verwaltungsgericht eine Geldstrafe in der Höhe von 220 Euro im konkreten Fall als tat- und schuldangemessen. Die Geld- und Ersatzfreiheits-strafe (sowie die Verfahrenskosten) sind daher entsprechend (spruchgemäß) anzupassen.

III.4. Zum Vorbringen des Bf, wonach die Voraussetzungen gemäß § 33a VStG bzw. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vorliegen würden, ist noch Folgendes auszuführen:
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG in Verbindung mit § 38 VwGVG hat das Verwaltungsgericht von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens

abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraus, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen (VwGH 29.08.2022, Ra 2022/02/0128). Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (VwGH 29.08.2022, Ra 2022/02/0128). Von geringem Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes generell nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 11.07.2022, Ra 2021/04/0007 mwN). Dieses Verständnis ist auch für § 33a VStG bezüglich des dort ebenso verwendeten Begriffs des „geringen Verschuldens“ maßgeblich (vgl. VwGH 13.08.2019, Ra 2019/03/0068). Ein Vorgehen nach § 371c GewO setzt voraus, dass das Verschulden des Gewerbetreibenden leicht ist (vgl. dazu etwa Stolzlechner/Seider/Vogelsang, Kurzkommentar zur GewO[2] § 371c Rz 2 und 4).
Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass das Verhalten des Bf hinter dem in der gegenständlichen Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleiben würde bzw., dass nur leichtes Verschulden entsprechend § 371c GewO vorliegt. Soweit der Bf in der Beschwerde vorbringt, dass die Anzeige unterlassen wurde, weil der Bf darauf vertraut habe, dass die Verabreichungsplätze keinen Gastgarten darstellen würden und deshalb nicht anzuzeigen wären, ist darauf hinzuweisen, dass den Bf die Verpflichtung getroffen hat, sich mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen und vom Bf daher die Kenntnis der sein Gewerbe betreffenden Vorschriften und in Ansehung seiner gewerblichen Betriebsanlage die Kenntnis des Umfanges der ihm erteilten Berechtigungen zu erwarten ist (vgl. etwa VwGH 15.09.1987, 87/04/0026; 13.11.1997, 97/07/0062). Es ist gegenständlich insbesondere auch nicht ersichtlich, dass der Bf Erkundigungen eingeholt und allenfalls auf eine nicht entschuldigend wirkende Auskunft (vgl. dazu Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 5 Rz 21) vertraut hätte. Es handelt sich bei der gegenständlichen Verpflichtung zur Anzeige gemäß § 76a Abs. 3 GewO auch um keine nur schwer erkennbare Verpflichtung. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes kann der belangten Behörde daher nicht entgegen getreten werden, wenn sie nicht vom Vorliegen der Voraussetzungen der § 45 Abs. 1 Z 4 VStG, § 33a VStG bzw. § 371c GewO ausgegangen ist.

III.5. Der Beschwerde ist daher teilweise, nämlich hinsichtlich der Strafhöhe und der Verfahrenskosten, stattzugeben. Im Übrigen ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision: Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Beurteilung erfolgte anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls, sodass dem keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Wiesinger