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-800494/7/Bm/AK

Datum:
Linz, 8. November 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des K I, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 17. Oktober 2022, GZ: BHLL/922100071906/22, wegen einer Übertretung der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Oktober 2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Für den Beschwerdeführer entfallen jegliche Verfahrenskostenbeiträge.

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. und II.:

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 17. Oktober 2022, GZ: BHLL/922100071906/22, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe von 1.500 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 9 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 1 iVm § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 verhängt.

Dem Schuldspruch liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben – wie vom Wettbewerbsschutzverband 1981 sowie der Fachgruppe der gewerblichen Dienstleister der Behörde zur Anzeige gebracht wurde – folgende Verwaltungsübertretung(en) zu verantworten:

Sie haben am zumindest 04.08.2022 unter der Internetseite https://www.X.com/X nachstehende angeführte gewerbliche Tätigkeiten eingeschalten und dadurch zumindest am 04.08.2022 vom Standort X aus Tätigkeiten, die den Gegenstand des Gewerbes ‚Sicherheitsgewerbe' bilden, an einen größeren Kreis von Personen (interessierte Kunden) angeboten, obwohl Sie dafür keine Gewerbeberechtigung besitzen. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird jedoch der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Vom X wurden u.a. folgende Tätigkeiten angeboten:

Leibwächter	Ordnungsdienst
Gastronomie-Schutz	Ermittlungsdienst
Veranstaltungsschutz	Sicherheitstechnik
Chauffeur	Personenschutz im In- und Ausland
Audio Video	
Bei bedarf Bewaffnet	
Evakuieren	
Alarmbereitschaft	

Weiters wurde in einer Bewertung Folgendes ausgeführt:
‚Eine tolle kompetente Truppe, sehr hilfsbereit und deutlich preiswerter als übliche Sicherheitsdienst – Firmen'

Der Internetausdruck vom 04.08.2022 wird als Beilage angeschlossen und bildet einen integrierenden Bestandteil dieses Straferkenntnisses."

Begründend wurde von der Behörde ausgeführt, „X" sei weder im Firmenbuch, noch im Vereinsregister eingetragen und entfalte dieser Begriff somit keine Rechtspersönlichkeit. Die Angaben im sozialen Medium „X" seien daher u.a. dem Bf persönlich zuzuordnen. Auf der Startseite würden in großer Schrift u.a. folgende Tätigkeiten angeboten: Ordnungsdienst, Ermittlungsdienst, Personenschutz im In-

und Ausland. Diese Tätigkeiten würden zweifellos in das Sicherheitsgewerbe fallen. Der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 4 zweiter Satz 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 (VwGH 19.11.2003, 2000/04/0093). Durch das Anbieten der sicherheitsgewerblichen Leistungen auf der für die Öffentlichkeit zugänglichen X-Fanpage www.X.com/X würde der Bf das Publizitätserfordernis erfüllen und komme dies der Ausübung der genannten gewerblichen Leistungen gleich. Die objektive Tatseite sei erwiesen. Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes sei ein entsprechender Mangel an Sorgfalt anzunehmen, der Bf hätte vor Beginn der Tätigkeit eine entsprechende Gewerbeberechtigung erwirken müssen. Durch Außerachtlassen der gebotenen Sorgfalt habe der Bf verkannt, dass durch sein Verhalten ein tatbildmäßiger Sachverhalt verwirklicht werde und habe die Behörde bezüglich des Grades des Verschuldens zumindest Fahrlässigkeit annehmen müssen. Zur Bemessung der Strafe wurde ausgeführt, der Bf verfüge über ein Nettoeinkommen von 1.600 Euro, habe kein Vermögen, jedoch Sorgepflichten für eine Tochter und laufe ein Privatkonkurs. Als straferschwerend werde gewertet, dass einschlägige Verwaltungsvorstrafen aufscheinen und davon auszugehen sei, dass der Bf schon über einen längeren Zeitraum unbefugt das Gewerbe ausgeübt habe. Strafmildernde Umstände seien nicht gefunden worden.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Bf innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, die X-Seite sei am 25. Februar 2012 nicht von ihm erstellt worden. Jeder könne auf dieser Seite Fotos posten. Auf dieser Seite würde sich eine Interessensgemeinschaft zum Personenschutz austauschen und diverse Fotos und „sicherheitspolitisches Zeug“ posten können. Die Personen auf den Seitenbewertungen seien dem Bf nicht bekannt und würde er in keiner Verbindung zu diesen Personen stehen. Der Bf sowie ihm bekannte Personen würden ca. ein- bis dreimal im Jahr eine Gästebetreuung bei Privatveranstaltungen von Freunden vornehmen. Honorarnoten, Kommunikationsnachweise und Vereinbarungen seien der belangten Behörde bereits übermittelt worden. Bei diesen Veranstaltungen werde seitens der Behörde kein Sicherheitsdienst im genehmigten Bescheid vorgeschrieben. Freiwillig würde der Veranstalter die Aufgaben des Sicherheitsdienstes auf den Bf und drei bis vier Freunde aufteilen. Der Bf sowie die Freunde würden hierfür eine Honorarnote in der Höhe von je 100 bis 150 Euro für ca. acht bis zwölf Stunden stellen. Das sei eine gemeinnützige konzessionsfreie Tätigkeit. Die Veranstalter seien dem Bf persönlich bekannt und würden an ihn herantreten. Die X-Seite würde von Herrn C G verwaltet werden.

Es werde beantragt, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen.

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 Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Oktober 2023, an der der Bf und ein Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben. Als Zeuge einvernommen wurde D R.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

„X“ ist weder im Firmenbuch, noch im Vereinsregister eingetragen und besitzt keine Rechtspersönlichkeit. Vom Bf wird „X“ als Interessensgemeinschaft bezeichnet, der verschiedene Personen, u.a. auch der Bf, angehören. Unter der X-Seite www.X.com/X wurden Beiträge, Fotos und Kommentare zu dieser Interessensgemeinschaft gepostet. Auf dem Titelbild dieser Seite wurden die von „X“ angebotenen Tätigkeiten beschrieben. So wird unter der Überschrift „X“ angegeben:
„Personenschutz, Observation, Leibwache, Sanitätsdienst, Gefahrenabwehr, Opferbetreuung, Chauffeurdienst, Ordnungsdienst, Ermittlungsdienst, Sicherheitstechnik, Gastronomiesicherung, Veranstaltungsschutz“
Weiters ist angeführt:
„Bei Bedarf sind unsere Einsatzkräfte bewaffnet.
Personenschutz im In- und Ausland
Sonderfahrzeuge
Luft-Wasser-Schutzfahrzeuge“
Der Bf ist nicht Verfasser dieser Seite, allerdings wurde er vom Ersteller auch als Moderator eingesetzt, was bedeutet, dass er auf dieser Seite Beiträge posten konnte, aber auch Kommentare, Fotos etc. löschen. Auf dieser Seite wurden auch Personen gesucht, die für bestimmte Veranstaltungen Security-Agenden übernehmen. So wurde z.B. gepostet:
„Hallo, wir haben jährlich einen Auftrag, wo wir Amateure im Security Bereich (ohne Personenschutzausbildung & ohne Waffen-trage-Erlaubnis) einsetzen können. Am 29. Oktober ist es wieder soweit im Raum OÖ. Benötigt werden 4 Mann 1 Dame. …“.
Für den Tatzeitpunkt 4. August 2022 liegt ein Screen-Shot dieser Seite vor, wo Kommentare über die Tätigkeiten der Gemeinschaft „X“ aufscheinen. So z.B.:
„Das ist die beste Firma, die ich kenne.
Eine sehr engagierte und kompetente Truppe! Ein Sicherheitskonzept wird auf die Bedürfnisse und Besonderheiten individuell angepasst, sehr zufrieden und immer wieder gerne!!“
Die Kommentare, Postings und Fotos beziehen sich immer auf „X“, nicht jedoch auf die Person K I.

4.2. Der hier entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich aus dem Aktenin-halt, insbesondere aus der Anzeige des Wettbewerbsschutzverbandes 1981 und der Fachgruppe der gewerblichen Dienstleister Oberösterreich, sowie dem Vorbringen des Bf und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

5. In rechtlicher Hinsicht hat das LVwG Oö. 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 und nicht Z 10 oder § 367 Z 8 anzuwenden sind.

Nach § 1 Abs. 4 GewO 1994 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 aufgrund von gesetzlichen Verpflichtungen erfolgt.

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

Nach § 94 Z 62 stellt das Sicherheitsgewerbe ein reglementiertes Gewerbe dar.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

5.2. Dem Bf wird im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, unter der Internetseite www.X.com/X Tätigkeiten angeboten zu haben, die den Gegenstand des Gewerbes „Sicherheitsgewerbe“ bilden, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung zu besitzen.
Vorauszuschicken ist, dass nach § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird.
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist der Tatbestand des Anbietens einer gewerblichen Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 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 (VwGH 1.12.2017, Ra 2016/04/0147, und die darin zitierte Vorjudikatur).
Im vorgelegten Verwaltungsstrafakt finden sich einige Auszüge aus der X-Seite www.X.com/X (siehe Beilagen der Anzeige vom 1. August 2022), aus denen hervorgeht, dass Tätigkeiten angeboten wurden, die eindeutig unter den Umfang des Gewerbes „Sicherheitsgewerbe (Berufsdetektive, Bewachungsgewerbe)“ fallen. Die Eintragungen in dem sozialen Medium „X“ waren grundsätzlich jedenfalls geeignet, die darin aufscheinenden Ankündigungen einem nicht eingeschränkten Kreis von Personen bekanntzumachen und bei diesen Personen den Eindruck zu erwecken, dass die Tätigkeiten des Sicherheitsgewerbes (Bewachungsgewerbes) entfaltet werden. Bei den Lesern entsteht jedenfalls der Eindruck, dass durch die Interessensgemeinschaft X gewerbliche Tätigkeiten auf Rechnung und Gefahr dieser Gemeinschaft bzw. der dahinterstehenden Personen erfolgen sollen. Gegenständlich wurde dieses Anbieten dem Bf vorgeworfen. Im durchgeführten Ermittlungsverfahren konnte jedoch nicht mit einer für das Strafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden, dass das Anbieten der gewerblichen Tätigkeiten auf der genannten X-Seite durch den Bf erfolgt ist. Aus den Auszügen lässt sich eine solche Verbindung mit dem Bf für den genannten Tatzeitpunkt nicht herstellen.
In diesem Zusammenhang ist anzuführen, dass Sache des Verwaltungsstrafverfahrens die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen, unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung, ist. Eine Erweiterung des Vorwurfes durch das LVwG Oö. ist unzulässig, ebenso die Auswechslung der von der Behörde angenommenen Tat. Vorliegend ist Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ausschließlich das Anbieten der den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen am 4. August 2022. Die Prüfbefugnis des LVwG Oö. bezieht sich ausschließlich auf die Tatzeit 4. August 2022. Wie oben ausgeführt, ist ein solches Anbieten zu diesem Tatzeitpunkt mit dem vom Bf als Interessensgemeinschaft bezeichneten „X“ in Verbindung zu bringen, jedoch nicht im Hinblick auf diese Tatzeit mit dem Bf.

Ausdrücklich ist darauf hinzuweisen, dass sich die Ausführungen lediglich auf das Anbieten am 4. August 2022 auf der X-Seite beziehen, nicht jedoch auf vom Bf durchgeführte Tätigkeiten zu anderen Zeitpunkten.

Aus den oben angeführten Gründen war das Straferkenntnis unter Beachtung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

6. Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs. 8 und Abs. 9 VwGVG weder ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens, noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.

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, 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.

Hinweise

1. 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 Rechtsver-

folgung 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier