

# TE Lvwg Erkenntnis 2021/1/7 LVwG- 2020/22/2514-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.01.2021

## Entscheidungsdatum

07.01.2021

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §82b

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Triendl über die Beschwerde des Herrn AA, geb. xx.x.xxxx, Adresse 1, \*\*\*\* Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 2.10.2020, \*\*\*, wegen einer Übertretung nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994)

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 3 VStGeingestellt.

2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Mit den angeführten Bescheiden der Bezirkshauptmannschaft Y wurde die gewerberechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Gastgewerbebetriebes (Frühstückspension) im Standort \*\*\*\* X, Adresse 2, erteilt:

Bezirkshauptmannschaft Y

27.06.1989

\*\*\*

Bezirkshauptmannschaft Y

10.01.2008

\*\*\*

Bezirkshauptmannschaft Y

29.12.2008

\*\*\*

Bezirkshauptmannschaft Y

14.09.2010

\*\*\*

Sie haben als gewerberechtlicher Geschäftsführer der genehmigten Betriebsanlage im Standort \*\*\*\*X, Adresse 2, zumindest seit 16.07.2020 nicht dafür Sorge getragen bzw. es unterlassen, dass trotz mehrmaliger Aufforderungen der Bezirkshauptmannschaft Y (Schreiben vom 06.11.2018 sowie vom 06.05.2019) gemäß den Bestimmungen des § 82b Gewerbeordnung 1994 die genehmigte Betriebsanlage regelmäßig wiederkehrend hinsichtlich der geltenden gewerberechtlichen Vorschriften geprüft worden ist.

Fälligkeit der wiederkehrenden Prüfung gern. § 82b Gewerbeordnung 1994 - Jänner 2019.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 367 Ziffer 25a GewO 1994 iVm § 370 Abs. 1 GewO 1994 in Anwendung des § 47 VStG 1991; BGBl. Nr. 194/1994, In der Fassung BGBl. I Nr. 112/2018

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe (€):

400,00

Gemäß:

§ 367 Ziffer 25a GewO 1994 iVm § 370 Abs. 1 GewO 1994 in Anwendung des § 47 VStG 1991; bgbi. Nr. 194/1994, in der Fassung BGBl. I Nr. 112/2018

Ersatzfreiheitsstrafe:

62 Stunden

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 40,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, wobei jedoch mindestens € 10,00 zu bemessen sind.

Bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe mit 100 Euro anzusetzen.

€ 0,00 als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher: € 440,00\*\*

Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Beschuldigten, in der zusammengefasst vorgebracht wird, er habe die entsprechende Prüfbescheinigung nicht erstellen können.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol richtete folgendes, mit 4.12.2020 datiertes Schreiben an die belangte Behörde:

„Dem Beschwerdeführer wird im angefochtenen Straferkenntnis zur Last gelegt, er habe die gegenständliche Betriebsanlage nicht gemäß den Bestimmungen des § 82b GewO 1994 wiederkehrend geprüft. Als Fälligkeit der (letzten) wiederkehrenden Prüfung wird der Jänner 2019 angeführt.

Es ist für das Landesverwaltungsgericht Tirol jedoch nicht erkennbar und lässt sich auch aus dem vorgelegten Akt nicht entnehmen, wie die belangte Behörde auf diesen Stichtag kommt. Bei den gewerblichen Genehmigungen ist z.B. nicht angeführt, auf welcher Rechtsgrundlage (ordentliches oder vereinfachtes Verfahren) diese erteilt wurden. Dieser Umstand ist jedoch entscheidend für die entsprechenden Prüfintervalle (5 oder 6 Jahre ab Rechtskraft der

Genehmigung der Betriebsanlage).

Sie werden daher eingeladen, dem erkennenden Gericht in nachvollziehbarer Art und Weise darzulegen, warum im angefochtenen Straferkenntnis der Stichtag für die letzte Prüfung nach § 82b GewO 1994 mit Jänner 2019 angenommen wurde.

Bereits an dieser Stelle wird angemerkt, dass das Landesverwaltungsgericht Tirol bei der gegenständlichen Übertretung von einem Zustandsdelikt ausgeht (siehe dazu Triendl, Die Strafbarkeit des Anlageninhabers im Zusammenhang mit der Prüfbescheinigung nach § 82b GewO 1994, UVS Aktuell 2009/4, 156f). Aufgrund der punktuellen, d.h. auf einen konkreten Zeitpunkt bezogenen Prüfung der Betriebsanlage kann die unterlassene Prüfung für einen vergangenen Prüfzeitraum nach diesem Prüfzeitraum nicht mehr nachgeholt werden. Eine „nachgeholte“ Prüfung nach § 82b GewO 1994 könnte allenfalls als Prüfung für den nächsten Prüfzeitraum herangezogen werden. Dies bedeutet jedoch in Bezug auf die Verfolgungsverjährung, dass nach einem Jahr ab Stichtag der fälligen Prüfung ohne geeignete Verfolgungshandlung eine Bestrafung ausscheidet.“

Die belangte Behörde beantwortete dieses Schreiben mit Eingabe vom 18.12.2020 wie folgt:

„Sehr geehrter Herr BB!

In der im Betreff angeführten Angelegenheit und in Bezug auf Ihr Schreiben vom 04.12.2020, Zahl LVwG-2020/22/2514-1, darf folgender Sachverhalt mitgeteilt werden:

Herr AA ist seit dem 23.10.2013 (und bis dato noch aufrecht) gewerberechtlicher Geschäftsführer der CC GmbH. Diese ist Inhaberin des Gewerbes „Gastgewerbe gemäß § 94 Ziffer 26 Gewerbeordnung 1994“ im Standort \*\*\*\* X, Adresse 2.

Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Y vom Y vom 06.11.2018 wurde die CC GmbH aufgefordert, gemäß den Bestimmungen des § 82b Gewerbeordnung 1994 die genehmigte Betriebsanlage regelmäßig wiederkehrend hinsichtlich der geltenden gewerberechtlichen Vorschriften zu überprüfen bzw. überprüfen zu lassen und der Bezirkshauptmannschaft Y die § 82b- Prüfbescheinigung zu übermitteln.

Die wiederkehrende Prüfung ist alle 5 bzw. 6 Jahre (bei Anlagen, die unter das vereinfachte Verfahren fallen) durchzuführen. Mit Scheiben der Bezirkshauptmannschaft Y vom 06.11.2018 wurde der CC GmbH mitgeteilt, dass die Eigenüberprüfung im Jänner 2019 fällig ist und der Prüfbericht der Bezirkshauptmannschaft Y bis März 2019 vorzulegen ist.

Mit Urgenzschreiben der Bezirkshauptmannschaft Y vom 06.05.2019 wurde die CCGmbH neuerlich aufgefordert, die noch ausständige § 82b-Prüfbescheinigung der Bezirkshauptmannschaft Y bis 15.07.2019 zu übermitteln, andernfalls ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet werden müsste.

Es ist richtig, dass die gemäß § 82b GewO 1994 wiederkehrende Eigenüberprüfung erst im Juni 2019 fällig gewesen wäre. Die ursprünglich angegebene Fälligkeit mit Jänner 2019 beruht auf ein Versehen seitens der ha. Behörde.

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Y vom 02.10.2020 wurde Herrn AA als gewerberechtlichen Geschäftsführer der CC GmbH vorgeworfen, dass er als gewerberechtlicher Geschäftsführer der genehmigten Betriebsanlage im Standort \*\*\*\* X, Adresse 2, zumindest seitfl6.07.2020 Glicht dafür Sorge getragen bzw. es unterlassen, dass trotz mehrmaliger Aufforderungen der Bezirkshauptmannschaft Y (Schreiben vom 06.11.2018 sowie vom 06.05.2019) gemäß den Bestimmungen des § 82b Gewerbeordnung 1994 die genehmigte Betriebsanlage regelmäßig wiederkehrend hinsichtlich der geltenden gewerberechtlichen Vorschriften geprüft worden ist.

Der Tatzeitraum (16.07.2020) liegt also nach dem Fälligkeitsdatum vom Juni 2019, mit dem die § 82b- Prüfung tatsächlich fällig gewesen wäre.

Die Intervallprüfung von 6 Jahren ergibt sich bei der gegenständlichen Betriebsanlage daraus, dass diese den Bestimmungen des § 359b GewO 1994 (vereinfachtes Verfahren) unterliegt.

Sollten noch nähere Details zum Betriebsanlagenakt notwendig sein, kann auch selbstverständlich dieser jederzeit übermittelt werden.

In der Anlage wird der Verwaltungsstrafakt samt Beschwerde abermals zur Entscheidung vorgelegt.“

Beweis wurde weiters aufgenommenen durch Einsichtnahme in den behördlichen Akt. Weiters wurden Auszüge aus dem Gewerberegister, dem Firmenbuch sowie der Verwaltungsstrafvormerkungen eingeholt.

## II. Erwägungen

Es besteht für das Landesverwaltungsgericht Tirol keine Veranlassung, von der im oben zitierten Schreiben vom 4.12.2020 dargelegten Rechtsansicht abzuweichen. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts handelt es sich bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung um ein Zustandsdelikt (in diesem Sinne auch Ziermann in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler (Hrsg), Die gewerbliche Betriebsanlage<sup>4</sup>, 2016, Rz 392, 11.1.). Der Betriebsinhaber hat die Verpflichtung, seinen Betrieb innerhalb einer bestimmte Periode (im gegenständlichen Fall lt. Angabe der belannten Behörde – es handelt sich offenkundig um einen Betrieb, der im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO 1994 genehmigt ist – alle 6 Jahre) wiederkehrend zu prüfen. Er hat also die Möglichkeit, diese Prüfung – theoretisch – noch am letzten Tag des Prüfzeitraumes durchzuführen bzw. durchführen zu lassen. Die Prüfung seines Betriebes bezieht sich logischerweise auf den zum Zeitpunkt der Prüfung vorherrschenden Zustand der Betriebsanlage (in diesem Sinne auch Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher, Kommentar zur Gewerbeordnung 19944 (2020) § 82b Rz 7).

Erfolgt die Prüfung nicht innerhalb der Prüfzeitraumes, ist dieses Verhalten (das „Unterlassen der Prüfung“) ab dem Beginn der neuen Periode strafbar. Der Anlageninhaber hat also durch das Unterlassen der Prüfung einen rechtswidrigen Zustand herbeigeführt. Die Prüfung kann nach Ende der Prüfperiode auch nicht für die vergangene Periode „nachgeholt“ werden. Dies leuchtet ein, zumal sich dann die Situation in der Betriebsanlage schon längst wieder geändert haben kann. Hier wäre z.B. an Änderungen/Erweiterungen bei der Betriebsanlage oder an (mittlerweile) ausgetauschte oder aber auch defekte Geräte zu denken. Jedenfalls bezieht sich diese Prüfung – wie oben erwähnt – stets auf den für den Prüfer vorliegenden mithin aktuellen faktischen Zustand der Betriebsanlage. Eine Prüfung für einen vergangenen Zeitraum (der innerhalb der abgelaufenen Prüfperiode liegt), scheidet jedenfalls aus. Führt der Anlageninhaber – allenfalls nach Aufforderung durch die Behörde – eine Prüfung erst während der neuen Prüfperiode durch, könnte diese allenfalls als Prüfung für die nächste Periode herangezogen werden. Keinesfalls kann damit die grundlegende Strafbarkeit für das Unterlassen der Prüfung hintangehalten werden.

Das strafbare Verhalten beginnt daher mit Ablauf der Prüfperiode und setzt sich daher nicht fort, zumal der Anlageninhaber keine Möglichkeit (mehr) hat, die fehlende Prüfbescheinigung für die abgelaufene Periode „nachzuholen“ (mithin anders als beim typischen Dauerdelikt, bei dem das strafbare Verhalten, z.B. das Benützen einer Baulichkeit ohne die erforderliche Benützungsbewilligung, solange andauert, bis dieses Zustand, z.B. durch Einholung der Benützungsbewilligung, vom Beschuldigten beendet wird – siehe zu den typischen Beispielen für Dauerdelikte etwa Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>6</sup> (2004) 1450ff).

Vor diesem Hintergrund ist der Betriebsinhaber jedenfalls strafbar, wenn er nicht innerhalb seines Prüfzeitraumes die erforderliche Prüfung nach § 82b GewO 1994 durchführt. Die Behörde hat dann ein Jahr (!) Zeit, eine geeignete Verfolgungshandlung zu setzen.

Auf den gegenständlichen Fall umgelegt bedeuten diese Erwägungen folgendes: Die belannte Behörde ging zunächst davon aus, dass der letzte Prüfzeitraum mit Jänner 2019 endete. Das strafbare Verhalten hätte damit mit 1. Februar 2019 begonnen (die Behörde revidiert das Ende des Prüfzeitraumes nach Vorhalt des Landesverwaltungsgerichts Tirol in der Eingabe vom 18.12.2020 auf Juni 2019, dies hat jedoch für die weiteren Ausführungen keine Folgen). Die Behörde hätte daher bis 1. Februar 2020 Zeit gehabt, eine Verfolgungshandlung zu setzen. Tatsächlich hat sie jedoch den Betriebsinhaber lediglich mehrfach, beginnend mit 6.11.2018, aufgefordert, die Prüfung durchzuführen bzw. die Prüfbescheinigung der Behörde vorzulegen. Nach einer weiteren „Fristverlängerung“ bis 16.7.2020 wurde die erste Verfolgungshandlung mit der Strafverfügung vom 18.8.2020 gesetzt. Diese liegt jedenfalls außerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist (also selbst für den Fall, dass die Prüfperiode erst im Juni 2019 geendet hätte).

Anders als die Vorlage der Prüfbescheinigung (vgl. § 82b Abs 3 GewO 1994 letzter Halbsatz) – diese kann selbstredend auch nach Ablauf einer Prüfperiode seitens der Behörde verlangt werden – ist eine nachträgliche Prüfung für eine bereits abgelaufene Periode – wie oben eingehend dargelegt – nicht möglich und vom Gesetzgeber auch nicht vorgesehen. Eine diesbezüglich „Fristeinräumung“ scheidet daher aus. Erfolgt diese – vom Gesetz nicht vorgesehene – Einräumung einer strafbefreienden Möglichkeit, eine Prüfung für eine vergangene Periode auch noch in der neuen Periode durchführen zu lassen, muss diese Möglichkeit zusammen mit einer geeigneten Verfolgungshandlung binnen eines Jahres ab Beginn der neuen Periode erfolgen. Nur dann könnte ein derartiger Aufschub bewirken, dass die Strafbarkeit erst dann eintritt, wenn auch die neue Frist vom Betriebsinhaber nicht eingehalten wurde. Davon kann

jedoch im gegenständlichen Fall nicht die Rede sein. Die Behörde leitete erst nach einem Jahr das Verwaltungsstrafverfahren ein. Damit scheidet jedoch eine Bestrafung des Betriebsinhabers jedenfalls aus, unabhängig davon, dass die Behörde ihm das – wie erwähnt unzulässige – Nachholen der Prüfbescheinigung eingeräumt hat. Die Behörde kann sohin nicht, wovon sie offenkundig ausgeht, durch Einräumen einer „Nachfrist“ für die Erstellung der Prüfbescheinigung die Verfolgungsverjährungsfrist ebenfalls zeitlich nach hinten verschieben.

Die Behörde hätte daher dem Betriebsinhaber innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist (das wäre der 1. Februar 2020 bzw. der 1. Juni 2020) zur Last legen müssen, die Prüfbescheinigung nach § 82b GewO 1994 nicht erstellt zu haben. Hätte die Behörde in diesem Zusammenhang die Möglichkeit eingeräumt, die Prüfbescheinigung für die vergangene Periode strafbefreit noch zu einem späteren Zeitpunkt erstellen zu können, würde eine Strafbarkeit erst dann eintreten, wenn der Betriebsinhaber auch diese Frist nicht einhält.

Die bloße Einladung, eine Prüfbescheinigung durchzuführen (wie im Schreiben vom 6.11.2018), die im Übrigen noch innerhalb der Prüfperiode erfolgte, stellt selbstredend keine verwaltungsstrafrechtliche Verfolgungshandlung dar. Ebenso verhält es sich mit dem Schreiben vom 6.5.2019, in dem ohnehin darauf hingewiesen wird, dass „andernfalls ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wird“. Die weitere Fristeinräumung bis 16.7.2020 ist ebenfalls keine Verfolgungshandlung. Damit ist jedoch Verfolgungsverjährung eingetreten und war auf die weitwendigen, großteils völlig unzutreffenden und sachfremden Argumente in der vorliegenden Beschwerde nicht näher einzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Die Zulässigkeit der ordentlichen Revision war daher auszuschließen.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 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 können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Triendl

(Richter)

### Schlagworte

Übertretung nach d. GewO 1994;

§82b –Prüfbescheinigung;

Zustandsdelikte;

Verfolgungsverjährung;

Behebung;

Einstellung;

### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2021:LVwG.2020.22.2514.2

### Zuletzt aktualisiert am

03.02.2021

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)