

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/6/21 92/04/0243

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.06.1993

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §367 Z15;

GewO 1973 §52 Abs4;

VStG §44a lit.a;

VStG §44a Z1 impl.;

VStG §44a Z1;

VStG §44a Z3;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher sowie Senatspräsident Dr. Weiss und Hofrat DDr. Jakusch als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde des G in S, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in L, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 11. Mai 1992, Zl. Gew-1303/2/91, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.660,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Spittal an der Drau vom 22. Juli 1991 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe, wie am 18. Mai 1989, um 13.15 Uhr, von einem Beamten der Gemeinde T dienstlich festgestellt worden sei, als verantwortlicher Gewerbeinhaber zwei Automaten, gefüllt mit Kaugummi und Kleinspielzeug, an der Holzlage des Anwesens T 3 angebracht und die gewerbliche Tätigkeit mittels Automaten ausgeübt, obwohl mit Verordnung des Bürgermeisters der Gemeinde T vom 14. März 1986 die Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit am genannten Standort - im Umkreis von 200 m von der Volksschule T - verboten sei. Er habe dadurch die Rechtsvorschrift des § 52 Abs. 4 in Verbindung mit § 367 Z. 15 GewO 1973 im Zusammenhalt mit § 2 lit. a der Verordnung des Bürgermeisters der Gemeinde T vom 14. März 1986 verletzt. Gemäß § 367 "leg. cit." wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von S 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) verhängt.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten vom 11. Mai 1992 wurde der Berufung insoweit Folge gegeben, als die gemäß § 367 Einleitungssatz GewO 1973 verhängte Strafe auf S 2.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Stunden) herabgesetzt wurde; im übrigen wurde die Berufung abgewiesen.

Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die in Rede stehenden Automaten zum Tatzeitpunkt mit Kaugummi und Kleinspielzeug gefüllt gewesen seien und dadurch der unter den Schutz der Rechtsnorm gestellte Personenkreis zur Geldausgabe a priori verleitet worden sei. Die Tathandlung des "Ausübens der gewerblichen Tätigkeiten mittels Automaten" sei mit dem Anbieten einer Ware in Form eines zur Selbstbedienung bestimmten Automaten erfüllt. Daher biete die Anzeige des Gemeindeamtes T vom 9. Juni 1989, worin die Art der Automaten und deren Inhalt genau umschrieben worden sei, einen ausreichenden Beweis für das Vorliegen des inkriminierten Sachverhaltes. Ein konkreter Hinweis, der die Beweiskraft der Anzeige der Gemeinde T geschwächt hätte, sei von seiten des Beschwerdeführers nicht erfolgt. Nach den gesetzlichen Bestimmungen bilde die Tatsache des vorschriftswidrigen Verhaltens an sich eine Grundlage zur Bestrafung des Täters. Ein weiteres Tatbestandsmerkmal, wie der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr, habe in sogenannten Ungehorsamsdelikten als Voraussetzung für die Strafbarkeit nicht hinzutreten müssen. Eine Überprüfung in die Richtung, ob eine Gefährdung von Jugendlichen tatsächlich eingetreten sei, wie es der Beschwerdeführer gefordert habe, sei daher entbehrlich gewesen. Dem eingewendeten Vorbringen des Beschwerdeführers, die Aufstellung der betreffenden Automaten sei ordnungsgemäß angezeigt worden, könne ebenfalls nicht nähergetreten werden. Gemäß § 52 Abs. 1 GewO 1973 könnten die Gewerbetreibenden die Aufstellung der Automaten außerhalb ihres Gewerbestandortes der Bezirksverwaltungsbehörde vorher anzeigen. Aus der Anzeigepflicht des Gewerbetreibenden korrespondiere keine rechtliche Möglichkeit der Behörde, die entsprechende Anzeige nicht entgegenzunehmen. Im § 52 leg. cit. sei zwar normiert, welche Produkte von dem Automatenverkauf ausgeschlossen seien, eine Regelung hinsichtlich des Aufstellungsortes sei jedoch nur über eine diesbezügliche Verordnung der Gemeinde möglich. Dem Einwand eines mangelnden Verschuldens sei die Bestimmung des § 5 Abs. 2 VStG entgegenzuhalten. Als unverschuldet könne die Unkenntnis des Gesetzes nur angesehen werden, wenn jemand die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben sei. Vergleiche man nun den Zeitpunkt der Kundmachung der Verordnung des Bürgermeisters der Gemeinde T vom 14. März 1986 mit dem Zeitpunkt der Tat, so sei es nicht einsichtig, daß dem Beschwerdeführer, gemessen an seinem Stand und seinem Gewerbe, trotz Aufwendung der entsprechenden Aufmerksamkeit die Verwaltungsvorschrift unbekannt geblieben sei. Zur Strafhöhe habe der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 22. April 1992 vorgebracht, daß er über ein monatliches Nettoeinkommen zwischen S 10.000,- und S 14.000,- verfüge und für eine Ehefrau und einen minderjährigen Sohn zu sorgen habe; darüberhinaus handle es sich bei der vorliegenden Rechtsache um einen Bagatellfall, da der Kaugummiautomat lediglich einen Jahresumsatz in der Höhe von S 1.000,- abwerfe; ein Milderungsfall sei insoweit gegeben, als er sich noch keiner groben Fahrlässigkeit dem Staat gegenüber schuldig gemacht habe, seine Steuern ordentlich abführe und keine Vorstrafen vorlägen. Entgegen behördlicher Aufforderung habe der Beschwerdeführer seine Ausführungen nicht durch entsprechende Beweismittel belegen können. Aktenkundig seien jedoch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf Grund eines Einkommensteuerbescheides aus dem Jahr 1987 sowie auf Grund dreier Einheitswertbescheide aus dem Jahre 1985 über ein Geschäftsgrundstück sowie ein Einfamilienhaus. Diese Bewertungsmaßstäbe seien auch der Erstbehörde anlässlich der Strafbemessung zugrunde gelegen. Mildernde Umstände seien auch im zweitbehördlichen Verfahren nicht zutage getreten. Die Argumentation des Beschwerdeführers habe die belangte Behörde zur Vermutung veranlaßt, daß der Beschwerdeführer die bewußte Mißachtung von generellen Rechtsvorschriften als Mittel zur Durchsetzung persönlicher Vorteile sehe, wie dies die Forderung nach unbegrenzter Gewerbefreiheit erkennen lasse. Diese Frage sei jedoch vom Verfassungsgerichtshof in zahlreichen Erkenntnissen eindeutig geklärt worden. Ebenso sei der Gesetzeswortlaut des § 52 Abs. 4 Z. 1 leg. cit. "im näheren Umkreis von Schulen, die von unmündigen Minderjährigen besucht werden" genau definiert worden und entspreche einem Untersagungsbereich von 200 m im Umkreis einer Volksschule. Erschwerend habe jedoch nicht die mehrfach rechtskräftige Verfolgung wegen Übertretung der Gewerbeordnung gewertet werden können, da lediglich eine Ermahnung gemäß § 52 GewO 1973 am 28. April 1988 als rechtskräftige Bestrafung im Vorstrafenverzeichnis aufscheine. Demgemäß sei die Strafe auf das im Spruch ersichtliche Ausmaß herabgesetzt worden.

Dagegen richtet sich die vorliegende - vom Verfassungsgerichtshof mit Beschluß vom 28. September 1992, B 811/92, nach Ablehnung gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof abgetretene - Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nicht schuldig erkannt und nicht dafür bestraft zu werden.

Er bringt in Ausführung dieses Beschwerdepunktes unter dem Blickwinkel einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides vor, entgegen der Bestimmung des § 44a Z. 1 VStG sei im Spruch die Tatzeit nicht klargestellt worden. Mit der Anzeige sei nur erwiesen, daß zu einem bestimmten Zeitpunkt an der in der Anzeige beschriebenen Stelle Automaten vorgefunden worden seien. Es sei aber nicht präzisiert worden, daß zum genannten Zeitpunkt der Automat tatsächlich in Funktion gewesen und von unmündigen Minderjährigen bedient worden sei. Mit der Annahme, daß ein mit Ware gefüllter Automat bereits einen Verstoß gegen die Verwaltungsvorschrift darstelle, sei der Umstand der Funktionstüchtigkeit des Automaten keineswegs erwiesen.

Es sei wohl richtig, daß der Beschwerdeführer der Gewerbeausübende sei. Die genannten Automaten würden aber von eigenverantwortlichen Dienstnehmern nach Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen aufgestellt. Aufgrund dieses Umstandes sei aber der Beschwerdeführer keineswegs der im gegenständlichen Fall für die Sachlage Verantwortliche.

Es sei weiters auch davon auszugehen, daß der Beschwerdeführer keineswegs schuldhaft gehandelt habe. Die gegenständlichen Automaten seien ordnungsgemäß angemeldet. Irgendein Einwand seitens der Gemeinde oder der Erstbehörde diesbezüglich sei nicht erfolgt. Der Beschwerdeführer habe daher auch nicht davon ausgehen können, daß mit der Aufstellung der Automaten seitens der Dienstnehmer ein Verstoß gegen eine Verwaltungsvorschrift gesetzt worden wäre.

Es sei weiters von einer Verfristung im gegenständlichen Fall auszugehen. Die vorliegende Anzeige stamme vom 18. Mai 1989. Das Straferkenntnis der Erstbehörde sei mit 22. Juli 1991 gefertigt.

Es sei weiters der Tatvorwurf unter Bezugnahme auf § 52 Abs. 4 GewO 1973 verfehlt. Mit der diesbezüglichen Rechtsvorschrift werde lediglich den Bürgermeistern die Möglichkeit eingeräumt, an bestimmten Stellen in der Gemeinde Verbote für die Aufstellung von bestimmten Automaten anzuordnen. Gegen die diesbezügliche Gesetzesregelung könne sohin ein Automatenaufsteller nicht verstoßen.

Der Hinweis auf § 2 lit. a der Verordnung des Bürgermeisters der Gemeinde T sei zudem zu pauschal, da nur allgemein die Verbotstellen in der Gemeinde T angeführt seien.

Mit der verhängten Geldstrafe werde weiters auch der Bestimmung des § 19 VStG nicht entsprochen. Bezüglich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse sei weder die Erstbehörde, noch die belangte Behörde auf die Ausführungen des Beschwerdeführers eingegangen. Es seien lediglich bereits überholte Einkommens- und Vermögenssteuerbescheide herangezogen worden. Weiters seien vorliegende Milderungsgründe nicht berücksichtigt worden. Stattdessen seien an sich für die Erfüllung des Verstoßes notwendige Umstände als Erschwerungsgründe herangezogen worden. Es sei im einzelnen nicht begründet worden, warum das Strafausmaß nunmehr mit S 2.000,- festgelegt worden sei.

Auf Grund des Dargelegten sei daher davon auszugehen, daß die belangte Behörde den Sachverhalt rechtlich nicht richtig beurteilt habe.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften trägt der Beschwerdeführer vor, auf Grund des bisherigen Verfahrens sei keineswegs klargestellt, daß zum fraglichen Zeitpunkt die gegenständlichen Automaten tatsächlich betriebsfähig gewesen und auch von unmündigen Minderjährigen in Betrieb genommen worden seien. Im gegenständlichen Fall sei überhaupt fraglich, ob die genannten Automaten im Einzugsbereich der Volksschule T gelegen seien, da das genaue Ausmaß der

Entfernung vom Schulbereich im einzelnen nicht festgelegt sei. Es sei weiters auch nicht ausreichend geprüft worden, inwieweit der Beschwerdeführer bei der Aufstellung der genannten Automaten tatsächlich im Sinne der VStG-Bestimmungen verantwortlich sei.

Es seien weiters auch nicht ausreichend die Voraussetzungen für die Anwendung der Bestimmungen des § 19 VStG ermittelt worden.

Auf Grund dieser Verfahrensmängel seien die Erstbehörde und auch die belangte Behörde zu unrichtigen Tatsachenfeststellungen und weiters auch zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung gelangt. Die Verfahrensfehler seien sohin von wesentlicher Bedeutung.

Gemäß § 367 Z. 15 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer ein Gewerbe mittels Automaten entgegen § 52 Abs. 2 oder entgegen den Bestimmungen einer Verordnung gemäß § 52 Abs. 3 oder 4 ausübt, wenn nicht einer der Tatbestände des § 366 Abs. 1 Z. 1 und 2 gegeben ist.

Gemäß § 1 der Verordnung des Bürgermeisters der Gemeinde T vom 14. März 1986 ist zum Schutz der unmündigen Minderjährigen vor unüberlegter Geldausgabe die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die erfahrungsgemäß besonders auf die Inanspruchnahme durch unmündige Minderjährige ausgerichtet sind, in den im § 2 festgelegten Bereichen der Gemeinde T untersagt. Für die einzelnen Bereiche gelten gemäß § 2 der Verordnung folgende Abgrenzungen: lit. a "T:

Volksschule T und Umkreis von 200 Meter, Bushaltestelle T (Gemeindeamt) und Umkreis von 50 Meter."....

Was die Umschreibung des Tatverhaltens anlangt, wurde in dem diesbezüglich im Verwaltungsrechtszug bestätigten Schuldspruch - bezogen auf einen bestimmten Tatzeitpunkt und bezogen auf einen Tatort, in Ansehung dessen aus dem im verfassungsgerichtlichen Verfahren eingeholten Lageplan die Lage innerhalb der bezeichneten Verbotszone ersichtlich ist - zum Ausdruck gebracht, daß die beiden Automaten mit Kaugummi und Kleinspielzeug gefüllt gewesen seien und solcherart die gewerbliche Tätigkeit mittels Automaten ausgeübt worden sei. Hiemit wurden solche Sachverhaltelemente festgestellt, die eine Zuordnung zu den Tatbestandsmerkmalen einer Verwaltungsübertretung nach § 367 Z. 15 GewO 1973 in Verbindung mit der Verhaltensnorm des § 1 der Verordnung des Bürgermeisters der Gemeinde T vom 14. März 1986 und in Verbindung mit § 2 lit. a, und zwar erster Tatbestand, dieser Verordnung gestattet hätten. Es bildet keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, wenn die belangte Behörde nicht ausdrücklich die Betriebsbereitschaft der in Rede stehenden Automaten feststellte. Denn die von ihr im Verwaltungsrechtszug getroffene Feststellung, die Automaten seien im Tatzeitpunkt gefüllt gewesen, indiziert deren Betriebsbereitschaft (siehe hiezu das hg. Erkenntnis vom 21. Juni 1989, Zl. 88/04/0315).

Was die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens anlangt, durfte sich die belangte Behörde insbesondere auf die im Schreiben der Gemeinde T vom 9. Juni 1989 enthaltene Angabe, zum Zeitpunkt der Tatfeststellung seien die Automaten mit Kaugummi und Kleinspielzeug gefüllt gewesen, stützen. Mangels gegenteiliger Behauptungen des Beschwerdeführers im Verwaltungsstrafverfahren hatte die belangte Behörde keinen Anlaß, weitere Ermittlungen zur Frage der Betriebsbereitschaft der Automaten zu führen.

Gemäß § 9 Abs. 3 VStG kann eine physische Person, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens ist, für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens einen verantwortlichen Beauftragten bestellen. Dieser muß zufolge Abs. 4 seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Die Berufung auf einen verantwortlichen Beauftragten ist nur dann zulässig, wenn bei der Behörde spätestens während des Verwaltungsstrafverfahrens ein aus der Zeit vor der Begehung der dem Beschuldigten angelasteten Übertretung stammender Zustimmungsnachweis eines derartigen verantwortlichen Beauftragten einlangt (siehe hiezu das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 16. Jänner 1987, Slg. N.F. Nr. 12375/A). Da derartige hinsichtlich des vorliegenden Verfahrens nicht geschehen war, bildet es keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, wenn die belangte Behörde den Beschwerdeführer als Gewerbeinhaber wegen der in Rede stehenden Straftat zur Verantwortung zog.

In nicht als rechtswidrig zu erkennender Weise beruft sich die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid darauf, daß dem Beschwerdeführer als Gewerbetreibenden hinsichtlich der Verwendung von Verkaufsautomaten - abgesehen von der Regelung über die Anzeigepflicht - auch die in der Verordnung enthaltene Verbotsnorm bekannt hätte sein

müssen. Der Beschwerdeführer konnte sich im Verwaltungsstrafverfahren nicht mit Erfolg auf eine entschuldbare Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift berufen.

Als Tatzeit wurde der 18. Mai 1989, 13.15 Uhr, festgestellt. Die erste Verfolgungshandlung fand am 13. Juli 1989, also innerhalb der in § 31 Abs. 2 VStG für die Verfolgungsverjährung vorgesehenen Frist statt. Der angefochtene Bescheid wurde am 12. Mai 1992, also noch innerhalb der in § 31 Abs. 3 VStG für die Vollstreckungsverjährung vorgesehenen Frist zugestellt.

Was den Spruchteil nach § 44a Z. 2 VStG anlangt, ist das Beschwerdevorbringen hingegen stichhältig begründet. § 52 Abs. 4 GewO 1973 enthält lediglich eine an die Gemeinde gerichtete Verordnungsermächtigung, jedoch keine unmittelbar auf das Verhalten außerhalb des behördlichen Vollzugsbereiches anwendbare Rechtsnorm. Eine entsprechende Verhaltensnorm enthält vielmehr § 1 der Verordnung des Bürgermeisters der Gemeinde T vom 14. März 1986, welcher jedoch in dem diesbezüglich im Verwaltungsrechtszug bestätigten Schuldspruch entgegen der Bestimmung des § 44a Z. 2 VStG nicht angeführt wurde. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VStG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben, ohne daß auf das Beschwerdevorbringen hinsichtlich der Strafbemessung einzugehen war.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991. Die Abweisung des Mehrbegehrens betrifft nicht erforderlichen Stempelgebührenaufwand.

#### **Schlagworte**

Strafnorm Mängel im Spruch Ersatzfreiheitsstrafe

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1993:1992040243.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.09.2012

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

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