

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/10/25 VGW-021/014/13753/2018

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.10.2018

## Entscheidungsdatum

25.10.2018

## Index

50/01 Gewerbeordnung

40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

GewO 1994 §9 Abs1

GewO 1994 §39 Abs1

GewO 1994 §39 Abs2

GewO 1994 §47 Abs1

GewO 1994 §74 Abs2 Z2

GewO 1994 §81 Abs1

GewO 1994 §366 Abs1 Z3

GewO 1994 §370 Abs1

GewO 1994 §370 Abs2

VStG §5 Abs1

VStG §9 Abs1

VStG §9 Abs2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr. Findeis über die Beschwerde des Herrn A. B. vom 10.10.2018 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 7.9.2018, Zahl MBA ..., wegen Übertretung des § 366 Abs. 1 Z 3 zweiter Fall GewO 1994 iVm § 81 GewO 1994, zu Recht in erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Dem Beschwerdeführer werden Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 102,00 Euro auferlegt.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## BEGRÜNDUNG

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, erkannte den Beschwerdeführer mit

Straferkenntnis vom 7.9.2018 schuldig, er habe als gewerberechtlicher Geschäftsführer (§§ 39 und 370 Abs. 1 GewO 1994) der C. Handelsgesellschaft m.b.H. mit Sitz in Wien, D.-straße, FN ..., zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin die mit rechtskräftigem Bescheid vom 16.9.1991, GZ: MBA ..., und rechtskräftigem Folgebescheid vom 16.8.2005, GZ: MBA ..., genehmigte Betriebsanlage in Wien, E.-platz, in welcher das Gewerbe "Bäcker" ausgeübt werde, insofern ohne die gemäß § 81 GewO 1994 erforderliche rechtskräftige Genehmigung im geänderten Zustand betrieben habe, als entgegen den im Bescheid vom 16.8.2005, GZ: MBA ..., genehmigten Zeiten für den Backwarenverkauf (Montag bis Freitag von 6.00 - 20.00 Uhr, Samstag von 6.00 - 18.00 Uhr und an einem der Wochentage bis 21.00 Uhr), am 26.5.2018 um 2.00 Uhr ein Verkauf von Backwaren erfolgt sei (die Betriebsanlage sei geöffnet gewesen, für jedermann zugänglich gewesen und haben zu diesem Zeitpunkt insgesamt fünf Kunden Backwarenprodukte erworben), obwohl diese Änderung der Betriebsanlage geeignet sei, die Nachbarn zur Nachtzeit durch Lärm der Kunden zu belästigen (§ 74 Abs. 2 Z 2 GewO 1994). Wegen Verletzung des § 366 Abs. 1 Z 3 zweiter Fall GewO 1994 iVm § 81 GewO 1994 verhängte die belangte Behörde gemäß § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994 über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 510 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 1 Tag und 6 Stunden) und schrieb gemäß § 64 VStG einen Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 10% der verhängten Geldstrafe vor.

Dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Beschwerde. Der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer führt aus, dass er ebenso wie Dipl.-Ing. H. F. gewerberechtlicher Geschäftsführer der C. Handelsgesellschaft m.b.H. mit Sitz in Wien D.-straße sei. Das Unternehmen betreibe in Wien, E.-platz eine Filiale, in der Backwaren produziert werden, Handelswaren verkauft werden und eine Imbissstube betrieben werde. Der Beschuldigte sei gewerberechtlicher Geschäftsführer für den Bäckereibetrieb, Dipl.-Ing. H. F. gewerberechtlicher Geschäftsführer für den Gastgewerbebetrieb und den Handelsbetrieb. Im Rahmen des Gastgewerbebetriebes sei es als Nebenrecht zulässig, gemäß § 111 Abs. 4 Z 4 GewO während der Betriebszeiten unter anderem Reiseproviant zu verkaufen, somit auch Backwaren.

Der Beschwerdeführer habe mit Dipl.-Ing. F. vereinbart, dass dieser zum verantwortlichen Beauftragten bestellt werde. Diese Vereinbarung umfasse auch die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften.

Bei der Kontrolle durch die MA 59 am 26.5.2018 um 2:00 Uhr sei in der verfahrensgegenständlichen Filiale festgestellt worden, dass zu diesem Zeitpunkt Backwaren (Fladenbrot, Gebäck und Krapfen) verkauft worden seien.

In weiterer Folge sei ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretung der Gewerbeordnung gegen den Beschwerdeführer eingeleitet und diese aufgefordert worden, eine Stellungnahme abzugeben. Nach Vornahme einer Akteneinsicht habe der Beschwerdeführer fristgerecht eine Stellungnahme erstattet und die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung bestritten. Er habe dargelegt, dass Dipl.-Ing. F. verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei und die Verantwortlichkeit auch die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften umfasse. Bei Dipl.-Ing. F. handle es sich um den gewerberechtlichen Geschäftsführer des Unternehmens, der für das gesamte Unternehmen entsprechende Verantwortung trage. Trotzdem sei das gegenständliche Straferkenntnis erlassen worden. Begründend habe die belangte Behörde ausgeführt, dass der Beschwerdeführer gewerberechtlicher Geschäftsführer und für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich sei. § 9 VStG komme im Gewerberecht nicht zum Tragen. Zwei einschlägige Vorstrafen seien als erschwerend gewertet worden, mildernd sei kein Umstand. Der Beschwerdeführer habe durch den Verkauf von Backwaren die Betriebsanlage ohne erforderliche Genehmigung im geänderten Zustand betrieben.

Dagegen richtet sich die eingebrachte Beschwerde. Der Beschwerdeführer sei verwaltungsstrafrechtlich nicht verantwortlich. So habe er bereits im März 2016 mit Dipl.-Ing. H. F. vereinbart, dass dieser zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 VStG bestellt werde. Die Vereinbarung umfasse auch die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften.

Herr Dipl.-Ing. F. sei seit etlichen Jahren Gesellschafter der C. Handelsgesellschaft m.b.H.. Dieser sei seit vielen Jahren gewerberechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens und insbesondere in der Produktion für die Qualitätskontrolle verantwortlich. Darüber hinaus obliege ihm die Erstellung der Dienstpläne, die Auszahlung der Gehälter sowie die Einstellung bzw. Entlassung des Personals, verkehre auch mit den Behörden in den Belangen des Unternehmens. Seine Verantwortung erstreckte sich somit auf das gesamte Unternehmen, insbesondere auch auf die verfahrensgegenständliche Filiale.

Zwar regle § 370 GewO die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit im Bereich des Gewerberechts ausdrücklich,

weshalb § 9 VStG eine subsidiäre Bestimmung sei. Allerdings sei nicht nur der Beschwerdeführer gewerberechtlicher Geschäftsführer der C. Handelsgesellschaft m.b.H., sondern ebenfalls Dipl.-Ing. H. F.. Letzterer sei gewerberechtlicher Geschäftsführer für das Handelsgewerbe sowie für das Gastgewerbe. Bestünden nun mehrere gewerberechtliche Geschäftsführer eines Unternehmens, so sei sehr wohl zulässig, die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit auf einen gewerberechtlichen Geschäftsführer zu übertragen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei für die Frage, welche der gewerberechtlichen Geschäftsführer im Sinne des

§ 370 Abs. 1 GewO für die Einhaltung der Betriebsanlage betreffenden gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich sei, maßgeblich, dass eine in räumlicher, sachlicher und allenfalls auch zeitlicher Hinsicht abgegrenzte verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit von einer von vornherein feststehenden Person vorliege (vgl. VwGH 28.9.2011, 2001/04/0128). Es werden somit die Grundsätze des § 9 VStG herangezogen.

Durch die zwischen dem Beschwerdeführer und Herrn Dipl.-Ing. F. getroffene Vereinbarung könne kein Zweifel bestehen, dass eine ausschließliche verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Herrn Dipl.-Ing. F. bestehe. Die bereits im Jahr 2016 getroffene Vereinbarung sei im Jänner 2018 nochmals präzisiert und dabei festgehalten worden, dass Dipl.-Ing. F. insbesondere für die Filialen in Wien, D.-straße, Wien, G.-gasse, Wien, I. sowie Wien, E.-platz verantwortlich sei. Lediglich die Filiale in Wien, J.-gasse verbleibe im verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortungsbereich des Beschwerdeführers, zumal dort kein Gastgewerbebetrieb bestehe.

Da der Wille der gewerberechtlichen Geschäftsführer unzweifelhaft darauf ausgerichtet gewesen sei, dass ausschließlich Dipl.-Ing. F. verantwortlich sei, sei offenkundig, dass der Beschwerdeführer verwaltungsstrafrechtlich nicht verantwortlich sei und somit die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen habe.

Außerdem wäre im vorliegenden Fall eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Dipl.-Ing. F. auch dann gegeben, wenn es diese Vereinbarung nicht gäbe. Der Vorwurf betreffe den Gastgewerbebetrieb in der verfahrensgegenständlichen Filiale und nicht den Bäckereibetrieb. Es gehe hier um einen (unzulässigen) Betrieb des Gastgewerbes außerhalb der zulässigen Öffnungszeiten, weshalb der Verkauf von Waren, die vom Nebenrecht des § 111 Abs. 4 Z 4 GewO umfasst seien, nicht in den Verantwortungsbereich des Beschwerdeführers falle; weshalb der Bescheid auch aus diesem Grund inhaltlich rechtswidrig sowie rechtswidrig infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sei.

Darüber hinaus liege kein Verstoß gegen die Gewerbeordnung vor. Die C. Handelsgesellschaft m.b.H. betreibe in der gegenständlichen Betriebsanlage nicht nur einen Bäckereibetrieb, sondern auch einen Gastgewerbebetrieb in Form einer Imbissstube. Es sei daher zulässig, Backwaren wie Fladenbrot, Gebäck und Krapfen im Rahmen des Gastgewerbebetriebes gemäß § 111 Abs. 4 Z 4 während der Betriebszeiten zu verkaufen. Lediglich der Verkauf von Backwaren, die nicht das Reiseproviant und somit nicht zum sofortigen Verzehr geeignet seien, würden vom Nebenrecht nicht erfasst.

Wenn hier eine Verwaltungsübertretung vorliege, dann liege somit keine Verwaltungsübertretung nach der Gewerbeordnung vor, sondern allenfalls nach dem Öffnungszeitengesetz. Die Nebenrechte nach § 111 Abs. 4 Z 4 GewO stünden der C. Handelsgesellschaft m.b.H. jedenfalls zu und könnten durch eine Änderung der Betriebsanlagengenehmigungen nicht abbedungen werden. Auch daraus sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen habe.

Darüber hinaus wäre auch die Höhe der Geldstrafe bekämpft, die jedenfalls überhöht sei. Mildernd wäre kein Umstand berücksichtigt. Allerdings liege aufgrund der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und Dipl.-Ing. H. F. die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nicht beim Beschwerdeführer. Zumindest sei er aus gutem Grund der Auffassung, dass er nicht verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei und habe sich daher darauf verlassen, dass Dipl.-Ing. F. für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften in der verfahrensgegenständlichen Filiale Sorge. Dipl.-Ing. F. sei ihm seit vielen Jahren bekannt und er wisse, dass dieser zuverlässig sei. Er könne sich aus gutem Grund darauf verlassen, dass dieser für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften Sorge. Wenn dies schon nicht schuldbefreiende Wirkung habe, so sei dem Beschwerdeführer jedenfalls nur ein geringes Verschulden anzulasten, weshalb bereits aus diesem Grund die über ihn verhängte Geldstrafe bei weitem überhöht sei.

Der Beschwerde ist eine „Vereinbarung gemäß § 9 VStG“ vom 31.1.2018 in Kopie angeschlossen, wonach der Beschwerdeführer, Frau K. B. und Herr Dipl.-Ing. H. F. als zur Vertretung nach außen berufene Gesellschafter der C. Handelsgesellschaft m.b.H. vereinbaren und dies handschriftlich unterfertigt haben, dass Dipl.-Ing. F. zum

verantwortlichen Beauftragten bestellt werde und somit zur Einhaltung der Verwaltungs(straf)vorschriften verpflichtet sei. Diese Vereinbarung beziehe sich gemäß § 28a Abs. 3 AuslBG auch ausdrücklich auf die Einhaltung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und sei örtlich auf nachstehende Filialen des Unternehmens

D.-straße,

G.-gasse,

I. und

E.-platz begrenzt.

Hingegen bleibe die Filiale J.-gasse im verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortungsbereich des Beschwerdeführers.

Mit der vorliegenden Beschwerde stellt der Beschwerdeführer nicht in Abrede und ist auch aufgrund der unbedenklichen Angaben des Lebensmittelaufsichtsorganes G. Amplatz in der Anzeige des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 59 – Bezirksabteilung für den ... Bezirk, als erwiesen anzusehen, dass in der am 26.5.2018 (Samstag) um 2:00 Uhr geöffneten Betriebsanlage der C. Handelsgesellschaft m.b.H. in Wien, E.-platz, in der das Gewerbe Bäcker und das Gastgewerbe in der Betriebsart Imbissstube ausgeübt wird, zur genannten Zeit an 5 Kunden Backwarenprodukte, wie Fladenbrot, Gebäck und Krapfen, verkauft wurden. Fest steht weiters, dass der Beschwerdeführer gewerberechtl. Geschäftsführer der C. Handelsgesellschaft m.b.H. für das Gewerbe Bäcker ist und Dipl.-Ing. H. F. gewerberechtl. Geschäftsführer für das Gastgewerbe in der Betriebsart Imbissstube.

Der Betriebsanlagenänderungsbescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 16.8.2005, Zahl MBA ..., beschreibt die genehmigte Änderung der Betriebsanlage in seinem 1. Absatz wie folgt:

„In das bestehende Verkaufslokal der Bäckerei wird eine Imbissstube mit 7 Verabreichungsplätze integriert. Die Öffnungszeiten der Imbissstube werden sich Montag bis Sonntag von 6-24 Uhr erstrecken. Der bestehende Backwarenverkauf erfolgt Montag bis Freitag in der Zeit von 6-20 Uhr und an Samstagen von 6-18 Uhr, an einem dieser Wochentage bis 21 Uhr. Die Verkaufsregale des Backwarenverkaufs sind mit elektrisch betriebenen Jalousien ausgestattet um ein Geschlossenhalten der Bäckereiverkaufsregale nach Betriebsschluss des Backwarenverkaufs (20 bzw. 21 Uhr) gewährleisten zu können.

...“

Unter "Änderung" einer genehmigten Betriebsanlage im Sinne des § 81 Abs. 1 GewO 1994 ist jede durch die erteilte Genehmigung nicht gedeckte, bauliche

oder sonstige, die Anlage betreffende Maßnahme des Inhabers der Betriebsanlage zu verstehen, durch die sich die im § 74 Abs. 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 bezeichneten Gefährdungen, Beeinträchtigungen oder sonstigen Auswirkungen ergeben können (vgl. VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0047 mit Hinweis auf Erkenntnis vom 23.1.2002, 2000/04/0203).

Bei den zur Tatzeit verkauften Waren handelte es sich ausschließlich um Erzeugnisse des Bäckergewerbes (Krapfen gemäß § 150 Abs. 1 GewO 1994).

Das Gewerbe Bäcker (Handwerk) zählt nach § 94 Z 3 GewO zu den reglementierten Gewerben.

§ 53a GewO sieht vor, dass Bäcker, Fleischer und Lebensmittelhändler Waren, zu deren Feilhaltung sie auf Grund ihrer diesbezüglichen Gewerbeberechtigung berechtigt sind, im Umherziehen von Ort zu Ort oder von Haus zu Haus feilbieten dürfen.

Zufolge § 150 Abs. 1 GewO 1994 sind Bäcker (§ 94 Z 3) auch berechtigt, Konditorbackwaren sowie Mehlspeisen (zB Torten) herzustellen sowie weiters berechtigt, in den dem Verkauf gewidmeten Räumen ihre Erzeugnisse - auch garniert als Imbisse - einschließlich der im ersten Satz genannten Produkte zu verabreichen und nichtalkoholische Getränke und Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen auszuschenken. Bei Ausübung der Verabreichungs- und Ausschankrechte muss der Charakter des Betriebes als Erzeugungsbetrieb gewahrt bleiben.

Gemäß § 111 Abs. 4 Z 4 GewO 1994 steht unbeschadet der den Gastgewerbetreibenden gemäß § 32 zustehenden Rechte während der Betriebszeiten des Gastgewerbebetriebes der Verkauf folgender Waren:

a) die von ihnen verabreichten Speisen und ausgeschenkten Getränke, halbfertige Speisen, die von ihnen verwendeten Lebensmittel sowie Reiseproviant;

b) Waren des üblichen Reisebedarfes (zB Treib- und Schmierstoffe, Toiletteartikel, Badeartikel, Fotoverbrauchsmaterial, Ansichtskarten, Lektüre, übliche Reiseandenken);

c) Geschenkartikel zu.

Beim Verkauf von Waren gemäß lit. a bis c muss der Charakter des Betriebes als Gastgewerbebetrieb gewahrt bleiben. Liegt auch eine Berechtigung nach § 94 Z 3 oder Z 19 vor, genügt es, dass der Charakter des Betriebes als Bäcker oder Fleischer gewahrt bleibt, hiebei müssen Verabreichungsplätze bereit gestellt werden.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f).

Entsprechend § 9 Abs. 1 GewO 1994 können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer (§ 39) bestellen haben.

Gemäß § 39 Abs. 1 GewO 1994 kann der Gewerbeinhaber für die Ausübung seines Gewerbes einen Geschäftsführer bestellen, der dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde (§ 333) gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist. Der Gewerbeinhaber hat einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn er den Befähigungsnachweis nicht erbringen kann oder wenn er keinen Wohnsitz im Inland hat. Für Gewerbeinhaber, die keinen Wohnsitz im Inland haben, entfällt die Verpflichtung, einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn

1. die Zustellung der Verhängung und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen durch Übereinkommen sichergestellt sind, oder
2. es sich um Staatsangehörige eines Vertragsstaates des EWR handelt, die ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat des EWR haben, oder
3. es sich um Staatsangehörige der Schweizerischen Eidgenossenschaft handelt, die ihren Wohnsitz in der Schweiz oder in einem Vertragsstaat des EWR haben.

Entsprechend § 39 Abs. 2 GewO 1994 muss der Geschäftsführer den für die Ausübung des Gewerbes vorgeschriebenen persönlichen Voraussetzungen entsprechen und in der Lage sein, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen, insbesondere dem Abs. 1 entsprechende, selbstverantwortliche Anordnungsbefugnis besitzen. Er muss der Erteilung der Anordnungsbefugnis und seiner Bestellung nachweislich zugestimmt haben. Handelt es sich um ein Gewerbe, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, so muss der gemäß § 9 Abs. 1 zu bestellende Geschäftsführer einer juristischen Person außerdem

1. dem zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organ der juristischen Person angehören oder
2. ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. ....

Der gemäß Abs. 1 für die Ausübung eines Gewerbes, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises vorgeschrieben ist, zu bestellende Geschäftsführer muss ein mindestens zur Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit im Betrieb beschäftigter, nach den Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes voll versicherungspflichtiger Arbeitnehmer sein. ...

Entsprechend § 47 Abs. 1 GewO 1994 kann der Gewerbetreibende für die Ausübung des Gewerbes in einer weiteren Betriebsstätte eine Person bestellen, die der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften in der weiteren Betriebsstätte verantwortlich ist (Filialgeschäftsführer).

Wurde die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt oder genehmigt, so sind nach § 370 Abs. 1 GewO 1994 Geld- oder Verfallsstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen.

Verfügt ein Gewerbeinhaber über mehrere Gewerbeberechtigungen, kann er für jedes Gewerbe eine andere Person als gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellen (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO<sup>3</sup> (2011), § 39, Rz. 4).

Indem im vorliegenden Fall die Regelung der zulässigen Verkaufszeiten von Backwaren in die Betriebsbeschreibung Eingang fand, erlangte sie insofern normativen Charakter, als damit der Backwarenverkauf in dieser Betriebsanlage nur im Rahmen der genannten Verkaufszeiten genehmigt ist. Damit stellt sich aber jeder Verkauf in den Betriebsanlage außerhalb der genehmigten Zeiten als eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage dar, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 81 Abs. 1 GewO 1994 der Genehmigung nach dieser Gesetzesstelle bedarf und, sofern eine solche Genehmigungspflicht gegeben ist, eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 darstellt (vgl. VwGH 18.06.1996, 96/04/0050 mit Hinweis auf E 17.2.1987, 85/04/0191, und E 27.6.1989, 89/04/0031).

Dass eine Verkaufstätigkeit außerhalb der angeführten Verkaufszeiten, insbesondere in den Nachtstunden (Tatzeit: 2.00 Uhr Früh!) geeignet ist, Nachbarn durch Lärm, der beispielsweise durch das Aufsuchen der Kunden der Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß entsteht (z.B. motorisiert ankommende/abfahrende Kunden, ständiges Öffnen/Schließen der Eingangstür, Gespräche im Verkaufsraum) zu belästigen, bedarf keiner weitwendigen Ausführungen.

Dem Einwand des Beschwerdeführers, dass, wenn hier überhaupt eine Verwaltungsübertretung vorliege, keine nach der Gewerbeordnung, sondern allenfalls nach dem Öffnungszeitengesetz vorliege, da die Nebenrechte nach § 111 Abs. 4 Z 4 GewO dem Beschwerdeführer jedenfalls zustünden und durch eine Änderung der Betriebsanlagengenehmigungen nicht abbedungen werden könnten, ist zu erwidern, dass die im betriebsanlagenrechtlichen Genehmigungsbescheiden enthaltene abweichende Regelungen nichts an der Verpflichtung zur Beachtung der Sperrzeiten nach § 113 GewO 1994 und dem Öffnungszeitengesetz 2003 zu ändern vermögen (vgl. dazu sinngemäß VwGH 29.04.2014, Ro 2014/04/0005).

Dazu ist anzumerken, dass die Sperrzeitenverordnung 1998 in § 1 Abs. 1 lit. a für einen Gastgewerbebetrieb, in dem das Gastgewerbe in der Betriebsart „Imbiss“ ausgeübt wird, die Sperrstunde 24 Uhr und die Aufsperrstunde 6 Uhr vorsieht. Nach § 4 Abs. 1 Öffnungszeitengesetz dürfen Verkaufsstellen an Montagen bis Freitagen von 6 Uhr bis 21 Uhr, an Samstagen von 6 Uhr bis 18 Uhr offen gehalten werden; Bäckereibetriebe dürfen zufolge Abs. 2 leg. cit. ab 5.30 Uhr offen gehalten werden, soweit der Landeshauptmann keine Festlegung der Offenhaltezeiten gemäß § 4a Abs. 1 Z 1 trifft [was nicht geschehen ist].

Es kann daher auch keine Rede davon sein, dass die Verkaufstätigkeit der genannten Backwaren um 2.00 Uhr in Ausübung des Gastgewerbes oder Handelsgewerbes erlaubt gewesen wäre.

Zur Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa Erkenntnis vom 23.10.1993, 93/04/0152; 30.9.2010, 2010/03/0119) ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 9 Abs. 1 VStG, dass die darin getroffene Regelung nur subsidiär, dh nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn in den im Einzelfall zur Anwendung kommenden besonderen Verwaltungsvorschriften nicht eine selbständige Regelung der Verantwortlichkeit nach außen getroffen ist.

Wie die belangte Behörde bereits zutreffend ausgeführt hat, kommt für den Bereich des Gewerberechtes im Hinblick auf die Bestimmung des § 370 Abs. 2 GewO 1994 die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs. 2 VStG nicht in Betracht (vgl. dazu VwGH 1.7.1997, 97/04/0063). Die belangte Behörde konnte daher frei von Rechtsirrtum davon ausgehen, dass sich der Beschwerdeführer durch die Bestellung des weiteren handelsrechtlichen und auch gewerberechtlichen Geschäftsführer (für das Gastgewerbe in der Betriebsart: Imbiss) Dipl.- Ing. F. nicht von der ihn als gewerberechtlichen Geschäftsführer (Bäcker) des gegenständlichen Unternehmens treffenden Verantwortlichkeit befreien konnte.

Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.9.2011, 2001/04/0128, Bezug nimmt, ist ihm entgegenzuhalten, dass die darin lediglich zum Ausdruck gebracht wurde, dass die Grundsätze zu § 9 VStG:

„Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 9 VStG darf die Bestellung (Namhaftmachung) eines strafrechtlich Verantwortlichen keine Zweifel über den Umfang der Übertragung der Verantwortlichkeit offen lassen. Eine solche eindeutige und zu keinen Zweifeln Anlass gebende Umschreibung des Verantwortungsbereiches liegt darüber hinaus nur dann vor, wenn für die, in räumlicher, sachlicher und allenfalls auch zeitlicher Hinsicht abgegrenzte, verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit immer nur eine von vornherein feststehende Person in Betracht kommt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 30. März 2006, Zl. 2004/15/0022, mwN).“

auch für die Verantwortlichkeit eines gewerberechtlichen Geschäftsführers nach § 370 Abs. 1 GewO 1994 gelten, nicht jedoch, dass er mit der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 VStG seiner strafrechtlichen Verantwortung grundsätzlich entoben werden könnte.

Nochmals ist darauf hinzuweisen, dass die Tatzeit „26.5.2018 (Samstag), 2:00 Uhr“ sowohl außerhalb der Öffnungszeiten eines Imbisses als auch der genehmigten Zeit für den Backwarenverkauf gelegen ist. Wie oben ausgeführt, handelte es sich bei den verkauften Waren ausschließlich um Erzeugnisse des Bäckergewerbes.

Damit liegt auch keine vom Beschwerdeführer behauptete Begrenzung seiner sachlichen, aber auch der räumlichen Verantwortlichkeit auf einen Teil der vorliegenden Betriebsanlage vor, zumal der Verkaufsraum sowohl der Ausübung des Bäckergewerbes als auch zur Ausübung des Gastgewerbes dient. Es liegt sohin keine eindeutige und zu keinen Zweifeln Anlass gebende Umschreibung vor, dass für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit immer nur eine von vornherein feststehende Person in Betracht kommt.

Es kann daher der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, wenn sie von einer Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers für das Betreiben der Betriebsanlage in geändertem Zustand ausgeht, ohne dass die gemäß § 81 GewO 1994 erforderliche rechtskräftige Genehmigung erfolgte.

Zum Verschulden:

Ein Rechtsirrtum setzt gemäß § 5 Abs. 2 VStG die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift voraus. Diese Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen unverschuldet sein. Die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag aber ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums (vgl. VwGH 26.4.2001, Zl. 2010/03/0044).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann von einem fehlenden Verschulden nach § 5 Abs. 1 VStG - bei der angelasteten Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt - nur dann ausgegangen werden, wenn der Beschwerdeführer im Unternehmen ein wirksames begleitendes Kontrollsystem eingerichtet hatte, durch welches die Einhaltung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften jederzeit sichergestellt werden konnte. In diesem Zusammenhang lag es beim Beschwerdeführer konkret darzulegen, welche Maßnahmen von ihm getroffen wurden, um derartige Verstöße zu vermeiden, insbesondere wann, wie oft, und auf welche Weise und wem Kontrollen vorgenommen worden sind. Mit seinem Vorbringen vermochte der Beschwerdeführer nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden traf. Vielmehr verdeutlichen seine Ausführungen, dass er überhaupt kein Kontrollsystem eingerichtet hatte und sich ganz auf Dipl.-Ing. F. verließ.

Demnach ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

Strafbemessung

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die vorliegende Verwaltungsübertretung schädigt das als besonders bedeutende und strafrechtlich geschützte Rechtsgut am Schutz des in § 74 GewO genannten Personenkreises (hier: Nachbarn); der objektive Unrechtsgehalt der vorliegenden Tat ist, selbst wenn keine konkreten nachteiligen Folgen eingetreten sind, keinesfalls unbedeutend.

Dass die Einhaltung der Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist nicht hervorgekommen, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen und kann daher das Verschulden des Beschwerdeführers nicht als

geringfügig angesehen werden.

Dem Beschwerdeführer kommt der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht zugute, erschwerend war kein Umstand.

Angaben über die allseitigen Verhältnisse des Beschuldigten liegen nicht vor und mussten daher eingeschätzt werden. Die belangte Behörde ging von Durchschnittswerten aus. Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer in ungünstigen finanziellen Verhältnissen lebt, sind nicht zu Tage getreten. Das Verwaltungsgericht Wien geht daher davon aus, dass der Beschuldigte über ein durchschnittliches Einkommen verfügt. Zugunsten des Beschwerdeführers wurde Vermögenslosigkeit angenommen. Sorgepflichten konnten mangels Hinweises bei der Strafbemessung keine Berücksichtigung finden.

Unter Bedachtnahme auf all diese Strafzumessungsgründe und den bis 3 600 Euro reichenden Strafsatz, erweist sich die von der belangten Behörde verhängte Strafe als jedenfalls angemessen; eine Herabsetzung der Geldstrafe kam insbesondere auch aus general- und spezialpräventiven Gründen nicht in Betracht. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde ohnehin besonders milde bemessen.

Die Auferlegung der Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gründet sich auf

§ 64 Abs. 1 und 2 VStG, der Beitrag für das Beschwerdefahren auf § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG.

Gegen dieses Erkenntnis ist die ordentliche Revision nicht zulässig, 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. Überdies liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Dr. F i n d e i s

Richterin

#### **Schlagworte**

Änderung der genehmigten Betriebsanlage; Betriebsbeschreibung; Sperrzeiten; Öffnungszeiten; Bestellung eines Geschäftsführers; verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit

#### **Anmerkung**

VwGH v. 7.9.2022, Ra 2019/04/0002; Aufhebung

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

ECLI:AT:LVWGWl:2018:VGW.021.014.13753.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

21.09.2022

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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