

TE Vwgh Erkenntnis 1993/2/25 92/04/0246

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.02.1993

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1973 §367 Z15;
GewO 1973 §52 Abs4;
VStG §31 Abs1;
VStG §32 Abs1;
VStG §32 Abs2;
VStG §44a Z1;
VStG §5 Abs1 idF 1987/516 ;
VwGG §41 Abs1;

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): E 25. Februar 1993, 92/04/0269

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Salcher und die Hofräte Dr. Weiss und DDr. Jakusch als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Cerne, über die Beschwerde des J in S, vertreten durch Dr. H, Rechtsanwalt in L, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 17. April 1992, Zl. 5/01-12.291/2-1992, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 17. April 1992 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, in der Zeit vom 5. November 1989 bis zum 31. Juli 1990 entgegen den Bestimmungen der Verordnung des Bürgermeisters der Marktgemeinde S vom 27. September 1989, Zl. B/1.901/1989, mittels fünf an der nördlichen Seite des Objektes S, M-Straße 65, innerhalb des Umkreises von 200 m vom Eingang der Volksschule S aufgestellter, betriebsbereit gefüllter Warenautomaten zur Abgabe von Kaugummi und Spielzeug eine

gewerbliche Tätigkeit ausgeübt. Er habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 367 Z. 15 i.V.m. § 52 Abs. 4 GewO 1973 und i.V.m. der Verordnung des Bürgermeisters der Marktgemeinde S vom 27. September 1989 begangen, weshalb gemäß § 367 GewO 1973 über ihn eine Geldstrafe von S 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 72 Stunden) verhängt wurde. Zur Begründung führte der Landeshauptmann nach Darstellung des Verfahrensganges und des Inhaltes der Bestimmung des § 52 Abs. 4 Z. 1 GewO 1973 sowie der zitierten Verordnung des Bürgermeisters der Marktgemeinde S aus, die vom Beschwerdeführer übertretene Verordnung des Bürgermeisters der Marktgemeinde S sei sowohl in der Strafverfügung vom 13. August 1990 als auch in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 9. November 1990 erwähnt und zitiert. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb in der Berufung vorgebracht werde, der Hinweis auf die Verordnung erfolge erstmals im Spruch des Straferkenntnisses. Abgesehen davon würde es nicht schaden, wenn in der Verfolgungshandlung die verletzte Verwaltungsvorschrift unrichtig oder überhaupt nicht zitiert würde. Die Berufungsbehörde sei zwar nicht zur Auswechslung der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat berechtigt, wohl aber dazu, die Straftat auf der Grundlage der unbedenklichen Sachverhaltsannahme der Behörde erster Instanz näher zu umschreiben. Da Hinweise auf die Verbotszone sowie auf die Gegenstände, mit welchen die Automaten gefüllt gewesen seien, wesentliche Tatbestandsmerkmale darstellten, deren Umschreibung lediglich in der Begründung nicht ausreiche, habe die Berufungsbehörde im Sinne der Bestimmung des § 44a lit. a (richtig: Z. 1) VStG den Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses entsprechend zu präzisieren gehabt. Da diese Tatbestandselemente bereits in den Anzeigen enthalten seien, welche dem Beschwerdeführer im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens zur Kenntnis gebracht worden und auch in der Begründung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses angeführt seien, handle es sich dabei nicht um einen neuen Tatvorwurf. Die Verbotsnorm des § 367 Z. 15 GewO 1973 richte sich entgegen den Ausführungen in der Berufung gegen jedermann. Der Beschwerdeführer vermisste daher zu Unrecht im Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses einen Hinweis auf die Eigenschaft, in welcher ihm der Tatvorwurf gemacht werde. Hinsichtlich des Tatzeitraumes schließe sich die Berufungsbehörde den Ausführungen der Behörde erster Instanz an, wonach davon auszugehen sei, daß die Warenautomaten während des gesamten Zeitraumes gefüllt und betriebsbereit gewesen seien. Dies habe auch der Beschwerdeführer nicht bestritten. Anders als in der Berufung behauptet, seien durch Erhebungen nicht bloß zwei, sondern drei Tatzeitpunkte festgestellt. Im Erhebungsbericht der Bezirkshauptmannschaft Tamsweg vom 24. Juli 1990 sei darüber hinaus ausdrücklich festgestellt, daß die Automaten gefüllt und betriebsbereit gewesen seien. Die Annahme, die Automaten seien gerade zwischen den Erhebungen vorübergehend entfernt bzw. außer Betrieb gesetzt worden, würde jeglicher Erfahrung des täglichen Lebens widersprechen. In der Anzeige vom 31. Juli 1990 habe der Gendarmerieposten S auf die Anzeige vom 5. November 1989 Bezug genommen und festgestellt, der Beschwerdeführer habe es bisher unterlassen, die Automaten zu entfernen. Auch die Ausführungen in der Berufung über die nach Rücksprache mit den zuständigen Stellen erfolgte Montage der Automaten durch selbständige Automatenaufsteller könne nur so verstanden werden, daß die Automaten nur einmal angebracht und nicht zwischenzeitlich wieder entfernt worden seien. Es könne somit auch ohne tägliche Kontrolle kein Zweifel darüber bestehen, daß der Beschwerdeführer während des gesamten in Rede stehenden Zeitraumes eine gewerbliche Tätigkeiten mit den Automaten ausgeübt habe. Zur Strafbemessung sei zunächst festzustellen, daß keine Milderungsgründe vorlägen. Als erschwerend sei das Vorliegen einschlägiger Vorstrafen zu werten. Angesichts des Tatzeitraumes von über einem halben Jahr und der Nähe der betriebenen Automaten zum Eingang der Volksschule (weniger als 100 m) müsse auch von einer erheblichen Gefährdung der Schutzinteressen, nämlich dem Schutz von unmündigen Minderjährigen vor unüberlegten Geldausgaben, ausgegangen werden. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, daß der Tatvorwurf die Gewerbeausübung nicht bloß mit einem, sondern mit fünf Automaten beinhalte. Angesichts des Strafrahmens von bis zu S 30.000,-- erscheine der Berufungsbehörde die verhängte Geldstrafe von S 3.000,-- auch unter Berücksichtigung der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers (monatliches Einkommen von ca. S 10.000,-- verschuldetes Betriebsvermögen, Sorgepflicht für Gattin und zwei Kinder) als gering bemessen, zumal auch spezialpräventive Überlegungen ebenso wie der Umstand zu berücksichtigen seien, daß das Betreiben der fünf Automaten während eines Zeitraumes von über einem halben Jahr dem Beschwerdeführer in rechtswidriger Weise ein zusätzliches Einkommen verschafft habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom Verfassungsgerichtshof unter Ablehnung von deren Behandlung mit Beschuß vom 28. September 1992, B 732/92, dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetretene Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich der Beschwerdeführer nach seinem gesamten Vorbringen in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung schuldig erkannt und hiefür bestraft zu werden. In Ansehung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes trägt der Beschwerdeführer vor, entgegen der Ansicht der belangten Behörde richte sich die Bestimmung des § 367 Z. 15 GewO 1973 keinesfalls gegen jedermann, sondern ausschließlich gegen Gewerbeberechtigte, die das Automatengewerbe ausübten. Andernfalls müßte man davon ausgehen, daß vom Straftäter ohne entsprechende Gewerbeberechtigung ein Gewerbe ausgeübt werde. Der fehlende Hinweis, in welcher Eigenschaft der Beschwerdeführer den Verstoß gesetzt habe, sei sohin als Fehler des Spruches des angefochtenen Bescheides anzusehen. Im einzelnen sei die Tatzeit nicht klargestellt. In der Strafverfügung sei noch nachträglich der Zeitpunkt 5. November 1989 eingefügt worden. Aus der Anzeige vom 31. Juli 1990 gehe aber lediglich hervor, daß mit 5. November 1989 eine Anzeige erstattet worden sei. Es sei damit aber nicht klargestellt, daß dieser Tag auch identisch sei mit der Feststellung der Straftat. Aus der Anzeige könne weiters der Zeitpunkt der Nachkontrolle vom 19. Juli 1990 nicht entnommen werden, und es sei auch keineswegs klargestellt, ob der Tag der Anzeigeverfassung identisch sei mit dem Tag der Kontrolle der Automaten. Da weder in der Anzeige noch im Spruch die Uhrzeit der Kontrolle angeführt sei, sei klargestellt, daß der Tatzeitpunkt nicht ausreichend präzisiert sei. Es sei weiters davon auszugehen, daß für den Zeitraum vor Jänner 1990 bereits die Folgen gemäß § 31 VStG eingetreten seien. Es sei auch seitens der Erstbehörde im Rahmen der Strafverfügung der notwendige Hinweis auf die Verordnung des Bürgermeisters der Marktgemeinde S vom 27. September 1989 im Sinne der Bestimmung des § 44a lit. b (richtig: Z. 2) VStG noch nicht erfolgt. Es sei davon auszugehen, daß überhaupt für den gesamten Tatzeitraum die Voraussetzungen nach § 31 VStG vorlägen. Der seitens der belangten Behörde geänderte Spruch sei nicht als Richtigstellung anzusehen, sondern ebenfalls als neuer Tatvorwurf. Das Straferkenntnis sei am 15. April 1991 ergangen, die Entscheidung der belangten Behörde am 17. April 1992 und diese sei erst am 28. April 1992 zugestellt worden. Die Berufungsentscheidung sei daher nicht fristgerecht erfolgt. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde sei der Tatvorwurf tatsächlich aber auch nicht erwiesen. Seitens des erhebenden Organes sei lediglich festgestellt worden, daß die Automaten noch aufgestellt und noch nicht entfernt worden seien. Die Betriebsbereitschaft der Automaten und die Änderung der Warenmengen im Automaten selber seien aber seitens des Erhebungsorganes nicht festgestellt worden. Es könne daher nicht die Rede davon sein, daß tatsächlich eine Gewerbeausübung seitens des Beschwerdeführers durch die vorliegenden Verfahrensergebnisse erwiesen sei. Es fehle weiters an einem entsprechenden Hinweis auf die Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Beschwerdeführers. Die gegenständlichen Automaten seien ordnungsgemäß angemeldet. Da ein Widerruf der Anmeldung seitens der Erstbehörde nicht erfolgt sei, sei für den Beschwerdeführer auch nicht klargestellt, daß er mit den Automaten gegen Bestimmungen verstoßen habe. Die Anbringung der Automaten erfolge weiters durch einen selbständig verantwortlichen Automatenaufsteller. Es könne daher auch aus dieser Sicht der Tatvorwurf dem Beschwerdeführer nicht zur Last gelegt werden. Eine Mängelhaftigkeit des Verfahrens sei insbesondere darin zu erblicken, daß der Beschwerdeführer zu Beweisergebnissen, wie Feststellung der Entfernung des Automaten zum Eingang der Volksschule S, nicht gehört worden sei. Aus der Anzeige habe sich lediglich ergeben, daß angeblich der Automat in der in der Verordnung festgelegten 200 m-Zone gelegen sei. Das Erhebungsergebnis des Amtsorganes der Erstbehörde werde lediglich im Straferkenntnis zitiert. Dem Behördenakt sei weiters die Anzeige vom 5. November 1989 nicht angeschlossen gewesen. Es sei daher auch diesbezüglich dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit der Akteneinsicht gegeben gewesen. Dieselben Voraussetzungen lägen hinsichtlich der seitens der belangten Behörde vorgenommenen Abänderung des Spruches vor. Eine entsprechende Äußerung zu dieser vorgesehenen Abänderung sei dem Beschwerdeführer nicht eingeräumt worden. Es fehle auch bezüglich des Strafausmaßes an den notwendigen Feststellungen. Obgleich die Voraussetzungen gleich geblieben seien, sei im Rahmen des Straferkenntnisses eine Erhöhung der verhängten Geldstrafe erfolgt. Die Angaben bezüglich der Einkommens- und Vermögenslage des Beschwerdeführers hätten aber tatsächlich zu einer Herabsetzung der Strafe führen müssen. Seitens der belangten Behörde sei ohne ergänzende Beweisaufnahme festgestellt worden, daß keine Milderungsgründe vorliegen und daß einschlägige Vorstrafen gegeben seien. Es seien weiters die Nähe des Automaten zum Eingang der Volksschule und die erhebliche Gefährdung der Schutzinteressen als Erschwerungsgründe anzusehen. Es sei weiters zu berücksichtigen, daß am Standort fünf Automaten aufgestellt seien. Diese Erhebungsergebnisse hätten im Rahmen des durchgeführten

Verfahrens keine Verfahrensgrundlage. Darüber hinaus sei ein Teil der als Erschwerungsgründe angeführten Umstände ohnedies als sachbezogener Tatbestand anzusehen. Die seitens der belangten Behörde gewählte Vorgangsweise entspreche nicht den Grundsätzen des § 19 VStG.

Mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun.

Soweit der Beschwerdeführer mit seinen Hinweisen, die den Feststellungen der belangten Behörde zugrundeliegenden Anzeigen enthielten nicht die erforderlichen Angaben, sowie mit der Behauptung, es sei ihm nicht in ausreichendem Maß Parteiengehör gewährt worden, Verletzungen von Verfahrensvorschriften geltend macht, vermag er damit schon deshalb eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun, weil nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof zu führen hat, sondern nur solche Verfahrensverstöße, bei deren Vermeidung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Dies darzutun ist, vom Fall der Offenkundigkeit abgesehen, Sache des Beschwerdeführers. Im vorliegenden Fall wird aber die Richtigkeit der von der belangten Behörde letztlich getroffenen Feststellungen vom Beschwerdeführer konkret gar nicht in Zweifel gezogen, sodaß es den geltend gemachten Verfahrensverstößen an der erforderlichen Relevanz mangelt. Es erübrigt sich daher, auf dieses Vorbringen näher einzugehen.

Wie schon die belangte Behörde in Übereinstimmung mit der Erstbehörde darlegte, richtet sich die Verbotsnorm, deren Übertretung die belangte Behörde dem Beschwerdeführer zur Last legte, gegen jedermann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Juni 1990, Zl. 90/04/0016). Es bedurfte daher auch keines Ausspruches im angefochtenen Bescheid, in welcher Eigenschaft dem Beschwerdeführer der festgestellte Sachverhalt zur Last gelegt werde.

Allfällige Mängel einer im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahrens ergangenen Strafverfügung, gegen die in der Folge Einspruch erhoben wurde, können niemals auf das sodann durchgeführte Verwaltungsstrafverfahren durchschlagen, weil zufolge § 49 Abs. 2 VStG die Strafverfügung durch den Einspruch außer Kraft tritt und damit aus dem Rechtsbestand ausscheidet. Aus diesem Grund ist auch die Behörde bei ihrer Strafbemessung im ordentlichen Verfahren an die in einer vorangegangenen Strafverfügung ausgesprochene Strafe in keiner Hinsicht gebunden. Der Beschwerdeführer vermag daher auch mit dem diesbezüglichen Vorbringen eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun.

Warum der Beschwerdeführer meint, die Abänderung des Spruches im angefochtenen Bescheid gegenüber seiner Fassung im erstbehördlichen Straferkenntnis (Einfügung der Worte "innerhalb des Umkreises von 200 m vom Eingang der Volksschule S" und "zur Abgabe von Kaugummi und Spielzeug") sei keine Richtigstellung, sondern ein neuer Tatvorwurf, ist für den Verwaltungsgerichtshof mangels näherer Begründung nicht nachvollziehbar.

Bei der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein fortgesetztes Delikt, bei dem die Verjährungsfrist von dem Zeitpunkt an zu berechnen ist, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist (vgl. die in Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens4, S. 877, Nr. 36 ff zitierte Judikatur). Es ist daher auch der hinsichtlich des vor Jänner 1990 liegenden Tatzeitraumes erhobene Verjährungseinwand verfehlt.

Unzutreffend ist auch der Verjährungseinwand im Zusammenhang mit dem Hinweis, in der gegen den Beschwerdeführer ergangenen Strafverfügung sei die durch die Tat verletzte Norm nicht richtig bezeichnet. Denn bei der Zitierung der Strafsanktionsnorm und ebenso der Verbotsnorm handelt es sich nicht um ein innerhalb der Verjährungsfrist zu verfolgendes Sachverhaltselement (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. September 1988, Zl. 88/02/0162).

Mit seinem Vorbringen, die belangte Behörde habe im Hinblick auf das Unterbleiben eines behördlichen Widerrufes der Genehmigung zur Anbringung der in Rede stehenden Automaten und in Anbetracht des Umstandes, daß die Anbringung der Automaten durch selbständig verantwortliche Automatenaufsteller erfolgt sei, die Schuldfrage unrichtig gelöst, verkennt der Beschwerdeführer, daß ihm im angefochtenen Bescheid nicht die Anbringung oder das weitere Belassen der Automaten am in Rede stehenden Ort als Verwaltungsübertretung zur Last gelegt wird, sondern das Ausüben einer gewerblichen Tätigkeit mit diesen Automaten. Dieses Vorbringen ist daher schon deshalb nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun.

Verfehlt ist ferner auch das Vorbringen, die Berufungsentscheidung sei nicht innerhalb der Frist des § 51 Abs. 5 VStG

(in der hier noch anzuwendenden Fassung vor der Novelle BGBI. Nr. 358/1990) ergangen. Denn die in dieser Gesetzesstelle normierte Einjahresfrist beginnt nicht, wie der Beschwerdeführer offensichtlich meint, mit der Erlassung des angefochtenen erstbehördlichen Straferkenntnisses, sondern nach dem diesbezüglich eindeutigen Wortlaut des Gesetzes mit der Einbringung der Berufung. Diese geschah im vorliegenden Fall am 2. Mai 1991. Der am 28. April 1992 dem Beschwerdeführer zugestellte angefochtene Bescheid erging somit innerhalb der Frist des § 51 Abs. 5 VStG (alt).

Schließlich kann der Verwaltungsgerichtshof nicht finden, die belangte Behörde habe bei der Strafbemessung auf die Bestimmung des § 19 VStG nicht ausreichend Bedacht genommen. Der Beschwerdeführer behauptet weder konkret, welche Milderungsgründe die belangte Behörde seiner Meinung nach zu berücksichtigen gehabt hätte, noch bestreitet er die Richtigkeit der Annahme der belangten Behörde, es lägen einschlägige Vorstrafen vor. Es bildet auch keine rechtswidrige Gesetzesanwendung, wenn die belangte Behörde den langen Tatzeitraum und die gegenüber dem Verbotsbereich von 200 m geringere Entfernung des inkriminierten Automaten vom Eingang der Volksschule als Erschwerisgründe wertete.

Die Beschwerde erweist sich somit zur Gänze als nicht begründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 104/1991.

Schlagworte

Mängel im Spruch Spruch Begründung (siehe auch AVG §58 Abs2 und §59 Abs1 Spruch und Begründung) Tatvorwurf Beschreibung des in der Begründung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1993:1992040246.X00

Im RIS seit

25.02.1993

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at