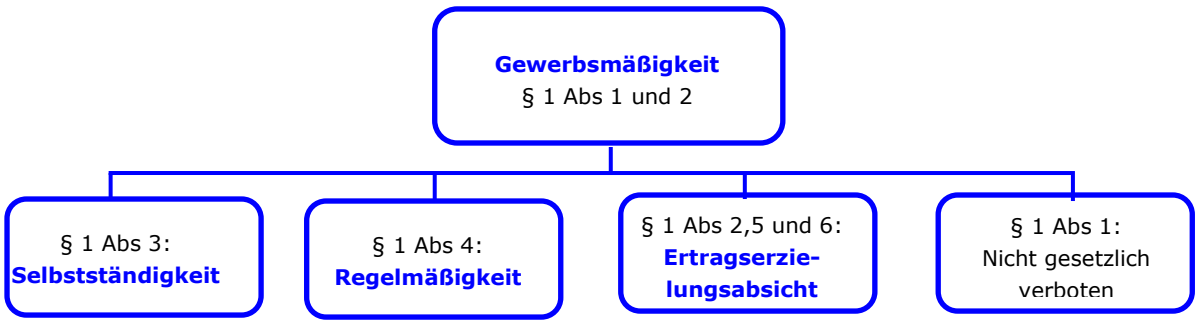
Wiederholen Sie Fall VII anhand des Begleittextes, nachdem Sie den Stream angesehen haben ! Die genannten Randziffern beziehen sich auf das Lehrbuch *Binder/Trauner*, Öffentliches Recht – Grundlagen[4] (2016); **lesen Sie die betreffenden Randziffern im Lehrbuch ! Schlagen Sie die angegebenen Paragrafen nach und lesen Sie die Bestimmungen durch !**

Besonderes Verwaltungsrecht

1. Gewerbeordnung 1994 (**GewO 1994**), **BGBl 1994/194 idF BGBl I 2016/82**: Zwei große Regelungsbereiche: **Berufsrecht** (für zirka 400 Berufe) und **Betriebsanlagenrecht**; **Ordnungsrecht** [*Binder/Trauner* Rz 1163].

2. Kompetenzgrundlage: Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG: Angelegenheiten des **Gewerbes** und der **Industrie**; Auslegung nach der **Versteinerungstheorie** [*Binder/Trauner* Rz 425] VfSlg 7074/1973 (Privatzimmervermietung) bzw nach der **intrasystematischen Fortentwicklung** [*Binder/Trauner* Rz 428] VfSlg 12.996/1992 (Gastgewerbe/Diskothek).

3. Sachlicher Geltungsbereich der GewO 1994, Gewerbebegriff (**§ 1 GewO 1994**)



VwSlg 9263 A/1977: **Selbstständigkeit** (freie Disposition bzgl Tätigkeits- und Zeiteinteilung, Provision); VwGH 11.11.1998, 98/04/0050: **Regelmäßigkeit** (voll eingerichteter, strukturierter Gastgewerbebetrieb); VwGH 29.01.1991, 88/04/0218: **Ertragserzielungsabsicht** (PKW-Verkauf zur Finanzierung der Reparatur); VwSlg 15.019 A/ 1998: **gesetzliche Verbote** (Verleih von Mautvignetten); OGH 19.01.1977, 1 Ob 812/76: **sittenwidriges Verhalten** (§ 879 Abs 1 ABGB, zB Ehevermittlung, wenn der Vermittler auf den Willen zur Eheschließung Einfluss übt); „**Tätigkeit**" (keine Tätigkeit: zB freie Vermögensnutzung, zB Mieten, Pachten, Geldanlage, siehe Sonderregelung für das Garagierungsgewerbe in § 4 GewO 1994).

Ein Gewerbe wird schon ausgeübt, wenn gewerbliche Tätigkeiten *„an einen größeren Kreis von Personen*" **angeboten** werden (§ 1 Abs 4 GewO 1994). Macht ein Unternehmer für sein Gewerbe bereits **Werbung**, bevor er durch Anmeldung eine Gewerbeberechtigung erlangt hat, übt er das Gewerbe **gewerbeordnungswidrig** aus.

Unschärfe des gesetzlichen Gewerbebegriffs: Eigennutzung (zB regelmäßiger Autokauf und –verkauf, Ausmalen der Wohnung durch den Wohnungseigentümer); **Sammler** (zB Briefmarkentausch); **Bagatellgrenze** (zB Schulball).

4. Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich der GewO 1994 (§§ 2 bis 4):

taxative Ausnahmen: zB § 2 Abs 1 Z 1 iVm § 2 Abs 2 und 3 **Land- und Forstwirtschaft**; § 2 Abs 1 Z 5 iVm § 2 Abs 9 **Buschenschank**; § 2 Abs 1 Z 6 **Bergbau**; § 2 Abs 1 Z 7 **literarische Tätigkeit**, **Ausübung der schönen Künste**; § 2 Abs 1 Z 8 **Verrichtungen einfachster Art** gegen Stunden- oder Taglohn (keine besonderen Fachkenntnisse): VwGH 29.05.1990, 89/04/0242 (Raumpflegearbeiten mit Haushaltsreinigern), VwGH 26.05.2004, 2001/08/0140 (Holzhacken); § 2 Abs 1 Z 9 **häusliche Nebenbeschäftigung**: VwGH 27.11.2003, 2002/06/ 0041 (Privatzimmervermietung); § 2 Abs 1 Z 10, 11 **freie Berufe**; § 2 Abs 1 Z 12 **Privatunterricht**; § 2 Abs 1 Z 17 Betrieb von (**Lichtspiel**)**Theatern**; § 2 Abs 1 Z 19 **Berg- und Schiführer**.

Hinweis auf **sondergesetzliche Ausnahmen** in § 2 Abs 1 GewO 1994 (zB § 2 Abs 3 TKG 2003: Anbieten von Kommunikationsdiensten; § 35 Abs 1 Zivilrechts-Mediations-Gesetz: Tätigkeit der eingetragenen Mediatoren).

S pflegt in Rohrbach das Grab seiner verstorbenen Großmutter, er übt diese Tätigkeit selbstständig [S trägt seinen Aufwand selbst, etwa die Anfahrt mit dem Bus zum Friedhof], regelmäßig [S ist laufend tätig] aus. Es handelt sich um eine Tätigkeit [aktives Tun des S], die Tätigkeit [Grabpflege] ist generell nicht verboten. S erhält allerdings für seine Tätigkeit kein Entgelt [S pflegt das Grab nicht nur unter der Voraussetzung, etwas bezahlt zu bekommen]; darüber hinaus besteht keine Erwerbsabsicht [S pflegt das Grab nicht, um Geschenke zu bekommen].

Anders als mit seiner Tätigkeit in Rohrbach erfüllt S mit seinem Aushang am Eingangstor E des Barbara-Friedhofs in Linz den Gewerbebegriff des § 1 GewO 1994. S bietet an, die Pflege von Gräbern günstig zu übernehmen. Damit bringt S zum Ausdruck, dass er die Dienstleistung entgeltlich und mit Gewinnerzielungsabsicht anbieten will; dass er die Tätigkeit „günstig" anbietet, steht der Absicht, einen Gewinn erzielen zu wollen, nicht entgegen; Zweck der Grabpflege ist, *„neben dem Studium etwas zu verdienen"*. Er handelt selbstständig, da er auf eigene Rechnung und Gefahr handelt, S setzt selbst das Entgelt fest. Auch die Regelmäßigkeit ist gegeben: Zwar hat S noch nicht einen einzigen Auftrag angenommen und erst einen Zettel aufgehängt. Gemäß § 1 Abs 4 GewO 1994 gilt allerdings bereits das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen als Ausübung des Gewerbes. Der Aushang an einer öffentlich sichtbaren Stelle am Friedhof erfüllt diese Voraussetzung.

Dass die Tätigkeit des S den Gewerbebegriff des § 1 GewO 1994 erfüllt, bedeutet nicht in jedem Fall, dass die Tätigkeit auch tatsächlich der GewO 1994 unterliegt. Die Grabpflege könnte – je nachdem, welche Tätigkeiten genau darunter zu verstehen sind – als „Verrichtung *einfachster* Art" gemäß § 2 Abs 1 Z 8 GewO 1994 von der Gewerbeordnung ausgenommen sein. Zu diesem Ausnahmetatbestand zählen beispielsweise einfache Gartenarbeiten, Schneeräumarbeiten oder Autowäsche, sofern keine oder nur einfache, für jedermann übliche (Haushalts)geräte und –mittel verwendet werden. Wenn also S bloß Blumen gießen würde, wäre diese Tätigkeit gemäß § 2 Abs 1 Z 8 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen. Das Pflanzen von Blumen und das Gestalten des Grabes gehen aber über eine „Tätigkeit einfachster Art" hinaus.

5. Zunächst ist das **Justizstrafrecht** mit dem **strafgerichtlichen** Verfahrensrecht (insb StPO) vom **Verwaltungsstrafrecht** mit dem **Verwaltungsstrafverfahren** (insb VStG, VwGVG) zu unterscheiden [*Binder/Trauner* Rz 1528 ff]. Für die kompetenzrechtliche Zuordnung des Verwaltungsstrafrechts unterscheiden wir drei Bereiche:

- Die Festlegung der einzelnen **Verwaltungsübertretungen** iSd Art II Abs 3 EGVG (= Verwaltungstraftatbestände) ist eine **Annexmaterie** zu den Sachmaterien der Art 10 bis 15 B-VG, Verwaltungsübertretungen sind daher in den jeweiligen **Materiengesetzen des Bundes und der Länder** geregelt [*Binder/Trauner* Rz 404-405, 1535], etwa in § 57 Oö BauO 1994, §§ 366 bis 368 GewO 1994. Eine **Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994** (Geldstrafe bis zu € 3.600,-) begeht, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.
- Das **Allgemeine Verwaltungsstrafrecht** ist eine **Annexmaterie** zu den Sachmaterien der Art 10 bis 15 B-VG; **Art 11 Abs 2 B-VG** erlaubt dem Bund aber (**Bedarfskompetenz**), diesbezügliche Kompetenzen an sich zu ziehen: Das Allgemeine Verwaltungsstrafrecht ist – einheitlich – auf Grundlage des **Art 11 Abs 2 B-VG** im I. Teil des VStG (§§ 1 bis 22) geregelt [*Binder/Trauner* Rz 407-408, 1537-1538].
- Das **Verwaltungsstrafverfahren** ist eine **Annexmaterie** zu den Sachmaterien der Art 10 bis 15 B-VG; **Art 11 Abs 2 B-VG** erlaubt dem Bund aber (**Bedarfskompetenz**), die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsstrafverfahrens an sich zu ziehen: Das Verwaltungsstrafverfahren ist – einheitlich – auf Grundlage des **Art 11 Abs 2 B-VG** im II. Teil des VStG (§§ 23 bis 52a) geregelt [*Binder/Trauner* Rz 407-408, 1539]. Wenn *„zur Regelung des Gegenstandes erforderlich*", darf der jeweils zuständige Materiengesetzgeber (Annex !) vom VStG abweichende Verfahrensregelungen treffen (Art 11 Abs 2 zweiter Halbsatz B-VG).
- Zur Regelung des **Verfahrens vor den Verwaltungsgerichten** ist nach Art 136 Abs 2 B-VG der **Bund** kompetent. Das Bescheidbeschwerdeverfahren ist im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) geregelt, für Verwaltungsstrafverfahren gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 37 bis 52 VwGVG. Sofern es *„zur Regelung des Gegenstandes erforderlich*" ist oder soweit das VwGVG dazu ermächtigt, dürfte der Bundesgesetzgeber in der GewO 1994 besondere Regelungen über das Verfahren der Verwaltungsgerichte in Gewerbesachen treffen. Zurzeit gibt es keine solchen besonderen Regelungen in der GewO 1994.

6. **Sachliche Zuständigkeit** [*Binder/Trauner* Rz 1479]: Die **zuständige Verwaltungsstrafbehörde** ergibt sich aus dem jeweiligen Materiengesetz (etwa § 333 GewO 1994; § 86 Abs 1 SPG; § 57 Abs 2 Oö BauO 1994; § 10 Abs 1 und Abs 2 Oö PolStG) bzw – subsidiär – aus § 26 Abs 1 VStG und es ist regelmäßig die **Bezirksverwaltungsbehörde** (Bezirkshauptmannschaft, Bürgermeister einer Statutarstadt).

Örtliche Zuständigkeit [*Binder/Trauner* Rz 1481]: Örtlich zuständig ist nach dem Tatortprinzip (§ 27 VStG) jene Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen wurde, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten ist.

7. Verpflichtende **Einleitung** eines Verwaltungsstrafverfahrens **von Amts wegen** bei Vorliegen des Verdachts einer Verwaltungsübertretung (**§ 25 Abs 1** VStG: Offizialmaxime) [*Binder/Trauner* Rz 1492]. Die Verwaltungsstrafbehörde ist – anders als im Justizstrafverfahren – „Ankläger" **und** „Richter" („Inquisitionsprinzip") [*Binder/Trauner* Rz 1531].

Die Bestimmungen des **AVG** sind **subsidiär** anzuwenden (**§ 24 VStG**). Der Entscheidung im Verwaltungsstrafverfahren hat grundsätzlich – wie im AVG – ein ordentliches Ermittlungsverfahren voranzugehen. Der Strafbescheid, den die Verwaltungsstrafbehörde nach einem ordentlichen Ermittlungsverfahren erlässt, heißt **Straferkenntnis** (§ 43 VStG) [*Binder/Trauner* Rz 1541]. In den abgekürzten Verfahren findet kein ordentliches Ermittlungsverfahren statt: **Strafverfügung** (Strafmandat) gemäß §§ 47 ff VStG, **Organstrafverfügung** (= Organmandat) gemäß § 50 VStG und **Anonymverfügung** gemäß § 49a VStG [*Binder/Trauner* Rz 1542-1547].

Inhaltserfordernisse für das Straferkenntnis (§ 44a VStG): Der Spruch hat zu enthalten: die als erwiesen angenommene **Tat**, die **Verwaltungsvorschrift**, die durch die Tat verletzt worden ist, die verhängte **Strafe** und die angewendete **Gesetzesbestimmung**, allfällige Aussprüche über privatrechtliche Ansprüche und die Entscheidung über die Kosten.

8. **Rechtsweg** gegen Straferkenntnisse der Gewerbebehörde: **Bescheidbeschwerde** an das Landesverwaltungsgericht (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG): Die örtliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte richtet sich in Verwaltungsstrafsachen nach dem **Sitz der Behörde**, die den Bescheid erlassen hat (§ 3 Abs 2 Z 1 VwGVG).

Verschlechterungsverbot: Im Bescheidbeschwerdeverfahren in Verwaltungsstrafsachen (und nur in diesen !) gilt das **Verschlechterungsverbot** (= Verbot der reformatio in peius, § 42 VwGVG) [*Binder/Trauner* Rz 1548]. Für Strafverfügungen ordnet § 49 Abs 2 VStG ausdrücklich die Geltung des Verbots der „reformatio in peius" an.

9. Gegen Erkenntnisse (und Beschlüsse) der Verwaltungsgerichte ist – bei Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG – **Revision an den VwGH** zulässig [*Binder/Trauner* Rz 1562, -1587-1589, 1628-1636]. In der Revision können nur **einfachgesetzlich gewährleistete Rechte** geltend gemacht werden [*Binder/Trauner* Rz 1589, 1628]. Die Revision ist außerdem dann unzulässig, wenn Strafnorm eine Geldstrafe von maximal € 750,– und keine Freiheitsstrafe vorsieht und (kumulativ) tatsächlich keine Geldstrafe über € 400,– verhängt wurde (§ 25a Abs 4 VwGG) [*Binder/Trauner* Rz 1630].

Allgemeines Verwaltungsstrafrecht

10. Das Allgemeine Verwaltungsstrafrecht (I. Teil des VStG) legt die **Voraussetzungen der Strafbarkeit**, so „*nulla poena sine lege*" (§ 1 Abs 1 VStG), die **Zurechnungsfähigkeit** (§ 3 VStG), die **Strafmündigkeit** des Täters im Tatzeitpunkt (§ 4 VStG) und insbesondere das **Verschulden** (§ 5 VStG) fest.

Vorsatz: Wissen und Wollen [§ 5 Abs 2 StGB: Absichtlichkeit; § 5 Abs 3 StGB: Wissentlichkeit; § 5 Abs 1 StGB: bedingter Vorsatz = dolus eventualis]. **Fahrlässigkeit**: Sorglosigkeit (Sorgfaltswidrigkeit); grobe und leichte Fahrlässigkeit [§ 6 StGB].

(Widerlegbare) **Verschuldensvermutung bei Ungehorsamsdelikten** (= zum Tatbestand gehört weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr) in § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG (keinesfalls Vermutung der Tatbegehung, Art 6 Abs 2 EMRK !): gesetzliche Vermutung von Fahrlässigkeit (keine Verschuldensvermutung bei Vorsatzdelikten); Entlastung durch Glaubhaftmachung, dass Täter an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (zB durch wirksames Kontrollsystem [VwGH 18.10.1994, 93/04/0075: stichprobenweise Kontrolle der Einhaltung der Sperrzeit kein wirksames Kontrollsystem].

Verschuldensausschluss durch Rechtsirrtum nach § 5 Abs 2 VStG. Ein Irrtum über die Strafbarkeit eines Tuns (**Verbotsirrtum**) schließt die Strafbarkeit nur aus, wenn die **Un-**

kenntnis der Strafnorm erwiesenermaßen unverschuldet ist (§ 5 Abs 2 VStG). Die Rechtsprechung ist streng: Wer eine besondere Tätigkeit ausübt, muss sich zunächst mit den einschlägigen Rechtsvorschriften vertraut machen bzw. Auskünfte bei der zuständigen (VwGH 27.03.1990, 89/04/0226) Behörde einholen und kann sich nicht darauf berufen, die einschlägigen Vorschriften nicht gekannt zu haben. [VwGH 13.11.1997, 97/07/0062: Gewerbetreibender hat sich hat sich zeitgerecht über die das betreffende Gewerbe betreffenden Vorschriften zu unterrichten; VwSlg 8305 A/1972: Bauherr muss sich Kenntnis über die seinem Vorhaben entgegenstehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften verschaffen].

11. Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens (**§ 45 Abs 1 Z 4 VStG**): Ist Bedeutung des geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden gering, dh bleibt das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurück und sind die Folgen der Übertretung unbedeutend, hat (keine Ermessensentscheidung !) die Behörde das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen bzw von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen. [vgl VwGH 20.09.1994, 93/04/0087: VwSlg 11.498 A/1984: grundsätzlich kein subjektives Recht auf Verfahrenseinstellung]

Besonderes Verwaltungsrecht (gewerbliches Berufsrecht)

12. Anmeldungsgewerbe (**§ 5 GewO 1994**): Mit **Anmeldung** bei der Gewerbebehörde entsteht **ex lege** die Gewerbeberechtigung, wenn alle Berufsantrittsvoraussetzungen erfüllt sind (**drei Ausnahmen**: individueller Befähigungsnachweis nach § 19 GewO 1994; „sensible" Gewerbe nach § 95 GewO 1994; und Rauchfangkehrer für sicherheitsrelevante Tätigkeiten nach § 125 Abs 3 iVm § 340 Abs 2a GewO 1994).

13. Freie und reglementierte Gewerbe (**§ 5 GewO 1994**): taxative Liste der reglementierten Gewerbe in § 94 GewO 1994, alle anderen gewerblichen Tätigkeiten sind freie Gewerbe (keine Liste!)

Reglementierte Gewerbe sind die in der Liste des § 94 GewO 1994 genannten Gewerbe, der Gewerbetreibende muss die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen (Befähigungsnachweis) erfüllen. **Freie Gewerbe** sind die der GewO 1994 unterliegenden Tätigkeiten, die nur die allgemeinen Voraussetzungen, nicht aber die besonderen Voraussetzungen (Befähigungsnachweis!) erfordern.

Vorsicht mit den Begriffen: Die freien Gewebe sind von den freien Berufen und den freien Erwerbsbetätigungen zu unterscheiden: **Freie Berufe** sind Erwerbsbetätigungen, die in der Regel eine akademische Bildung voraussetzen, „gewerbefrei" sind, aber einem strengeren Berufsrecht unterliegen und die in § 2 Abs 1 Z 10, 11 GewO 1994 aufgezählt sind. Eine **freie Erwerbsbetätigung** unterliegt nicht der GewO 1994, es gilt für sie aber auch kein weiteres Berufsrecht (zB Künstler, § 2 Abs 1 Z 7 GewO 1994).

14. Allgemeine (**persönliche**) **Antrittsvoraussetzungen für alle** (**freie und reglementierte**) **Gewerbe:**

(1) § 8 GewO 1994: **Gewerberechtsfähigkeit** (Eigenberechtigung);

(2) § 13 GewO 1994: **Nichtvorliegen von Ausschlussgründen**; (Die einzelnen Ausschlussgründe des § 13 GewO 1994 gelten **nicht gleichermaßen für natürliche und juristische Personen** ! [Ausschlussgründe nach Abs 3 und Abs 4 gelten für natürliche und juristische Personen; Ausschlussgründe nach den Abs 1, 2, 5 und Abs 6 gelten für nur für

natürliche Personen; Ausschlussgründe nach Abs 7 gelten nur für juristische Personen]. Und: Nicht alle Ausschlussgründe bewirken einen Ausschluss von jedweder gewerberechtlichen Funktion ! [Ausschlussgründe nach den Abs 3, 4 und Abs 5 bewirken bloß einen Ausschluss von der „*Gewerbeausübung als Gewerbetreibende*", nicht aber von der Funktion eines Geschäftsführers]).

(3) § 14 GewO 1994: Gewerbetreibender ist natürliche Person: **österreichische Staatsbürgerschaft**/**Unions**(**EWR**)**bürgerschaft** [Art 49 AEUV/EWR-Vertrag]/**Schweizer Staatsbürgerschaft** [Freizügigkeitsabkommen EU-Mitgliedstaaten – Schweiz, BGBl III 2002/133]/ **legaler Aufenthalt** (Aufenthaltstitel nach Fremdenrecht) in Österreich (vgl § 88 Abs 1 GewO 1994)/**Familienangehörige** von Unions(EWR)bürgern mit Aufenthaltsrecht in EU/EWR.

Gewerbetreibender ist juristische Person (§ 14 Abs 4 GewO 1994): **Sitz** oder **Niederlassung im Inland** (Sitz und Hauptniederlassung können im Ausland gelegen sein).

Sonderregelungen (vgl Art 52 AEUV) für die Arbeitsvermittlung (§ 97 Abs 2 GewO 1994), die Rauchfangkehrer (§ 121 Abs 1, Abs 3 und 4 GewO 1994), die Überlassung von Arbeitskräften (§ 135 Abs 3 und Abs 5 GewO 1994) und das Waffengewerbe (§ 141 Abs 1 Z 1 und Z 2, Abs 2 GewO 1994).

(4) § 39 Abs 1 GewO 1994: grundsätzlich (zumindest einen) **Wohnsitz im Inland**; für EWR-Staatsangehörige reicht **Wohnsitz im EWR** (Schweizer Staatsangehörige: Wohnsitz im EWR oder in der Schweiz); Wohnsitz im Ausland ist ausreichend, wenn Zustellung und Vollstreckung von Verwaltungsstrafen im Ausland sichergestellt.

15. (**Zusätzliche**) **besondere Antrittsvoraussetzungen für reglementierte Gewerbe:**

- (persönliche): (genereller) **Befähigungsnachweis** (§§ 16 ff GewO 1994), geregelt in Befähigungsnachweisverordnungen (§ 18 GewO 1994); bei **Handwerk Meisterprüfung** (§§ 20 f GewO 1994). Verbundene Gewerbe (§§ 6, 30 GewO 1994).
- (persönliche): **Zuverlässigkeit bei sensiblen Gewerben** (**§ 95 Abs 1 GewO 1994**); bei den sensiblen Gewerben muss die Behörde nicht nur das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen überprüfen, sondern darüber hinaus feststellen, ob der Gewerbeanmelder die erforderliche Zuverlässigkeit gemäß **§ 87 Abs 1 Z 3 GewO 1994** (keine schwerwiegenden Verstöße gegen Rechtsvorschriften und Schutzinteressen) besitzt.
- (sachliche): **Bedarfsprüfung** (Erwerbsfreiheit, Art 6 StGG); VfSlg 10.932/1986: Taxikonzession; VfSlg 12.296/1990: Rauchfangkehrer (§ 94 Z 55, § 121 Abs 1a Z 2 GewO 1994).

16. Ob ein Gewerbetreibender neben den allgemeinen Voraussetzungen auch einen **Befähigungsnachweis** erbringen muss, ist nach folgenden Gesichtspunkten zu überlegen:

- für das Gewerbe gilt ein Befähigungsnachweis (siehe oben Punkt 15.);
- für das Gewerbe ist ein **vereinfachter Befähigungsnachweis** zu erbringen, weil es sich um ein **Teilgewerbe** (§ 31 Abs 2 GewO 1994) handelt. Ob ein Teilgewerbe vorliegt, hängt allerdings davon ab, ob der Bundesminister das Teilgewerbe in einer Verordnung definiert hat (§ 31 Abs 3 GewO 1994, 1. Teilgewerbe-Verordnung, BGBl II 1998/11). Die freie Definition von Teilgewerben durch Gewerbetreibende ist nicht möglich.
- Handelt es sich um eine einfache Tätigkeit im Berufsbild eines reglementierten Gewerbes, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, kann diese Tätigkeit als **einfache Teiltätigkeit** als freies Gewerbe ausgeübt werden (§ 31 Abs 1 GewO 1994).
- [Handelt es sich um eine **Tätigkeit einfachster Art** im Berufsbild eines reglementierten Gewerbes, so ist diese Tätigkeit frei und unterliegt nach § 2 Abs 1 Z 8 GewO 1994 von vornherein nicht der GewO 1994.]

S hat keinen Befähigungsnachweis für das Handwerk Gärtner [**keine Meisterprüfung**; **keine andere Ausbildung, die einem der Tatbestände der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das verbundene Handwerk der Gärtner und Blumenbinder** (**Floristen**) **– Zugangsvoraussetzungen, BGBl II 2003/49 idF 2008/399 entspricht**]. **S erfüllt auch nicht die Befähigung für das Teilgewerbe Friedhofsgärtnerei** (**§ 1 Z 11, § 13 1. Teilgewerbe-Verordnung**).

Welche Tätigkeiten die „Pflege von Gräbern" durch S umfassen soll, ist unklar. Werden darunter nur das Gießen der Bepflanzung von Gräbern und der Austausch welker Pflanzen verstanden, so ist die Pflege von Gräbern eine Tätigkeit, für deren fachgemäße Ausführung weder der Befähigungsnachweis für das Gewerbe „Gärtner", noch der Befähigungsnachweis für das Teilgewerbe Friedhofsgärtner erforderlich ist. Die Tätigkeit ist daher [– wenn nicht ohnehin als Verrichtung einfachster Art gemäß § 2 Abs 1 Z 8 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgenommen –] **ein freies Gewerbe gemäß § 31 Abs 1 GewO 1994** (vgl in der – nicht abschließenden – Liste der freien Gewerbe den „Friedhofsbetreuer", zu dessen Tätigkeiten die Durchführung einfacher gärtnerischer Tätigkeiten, wie etwa Rasenmähen, Laubrechen und Gießen zählen).

Verwaltungsverfahrensrecht
Verwaltungsorganisationsrecht

17. Elektronische Einbringung von Schriftsätzen. (VwGH 29.05.2015, Ra 2015/08/0013: falsche Einbringung im ERV) Elektronischer Verkehr mit den Verwaltungsbehörden (*Binder/Trauner* Rz 296-299); Bürgerkarte (*Binder/Trauner* Rz 292-295); elektronische Signatur und **Amtssignatur**; elektronische verwaltungsbehördliche Erledigung (VwGH 10.09.2015, Ra 2015/09/0043; VwGH 27.01.2016, Ra 2015/03/0068, 25.11.2015, Ra 2015/16/0102: Fehlen der Bildmarke; VwGH 19.03.2015, 2012/06/0145; *Binder/Trauner* Rz 285-291).

18. Elektronische Zustellung (VfGH 09.12.2015, G 325/2015; *Binder/Trauner* Rz 300, 1504).

19. Das **Gewerberecht** beruht auf dem **Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG** („*Gewerbe und Industrie*"). Die Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) wurde vom Bundesgesetzgeber (Nationalrat und Bundesrat) erlassen. Die Vollziehung obliegt dem Bund in **mittelbarer Bundesverwaltung** [*Binder/Trauner* Rz 1208 ff].

Die organisatorischen (und sachlich zuständigen) Instanzen [*Binder/Trauner* Rz 1479 f] sind **I. Bezirksverwaltungsbehörde** (Bezirkshauptmannschaft [Amt: Bezirkshauptmannschaft], Bürgermeister einer Statutarstadt [Amt: Magistrat]), **II. Landeshauptmann** [Amt: Amt der Landesregierung], **III. Bundesminister** für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft [Amt: Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft].

20. Die **örtliche Zuständigkeit** für das **Anmeldungsverfahren** richtet sich gemäß § 339 Abs 1 GewO 1994 nach dem **Standort** des Gewerbebetriebs (der – nur subsidiär anwendbare – § 3 Z 2 AVG würde zum selben Ergebnis führen). Besondere Regelung der örtlichen Zuständigkeiten für **Anzeigeverfahren** in § 345 Abs 2 GewO 1994.

Besonderes Verwaltungsverfahrensrecht

21. Die Anmeldung eines Gewerbes und die Behandlung der Anmeldung durch die Gewerbebehörde regelt das Verwaltungsverfahren [*Binder/Trauner* Rz 1467 ff]. Gemäß Art I Abs 2 Z 1 EGVG findet das **Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz** (**AVG**) Anwendung auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden. Kompetenzrechtliche Grundlage des AVG ist die **Bedarfskompetenz** des Art 11 Abs 2 B-VG [*Binder/Trauner* Rz 406-412, 1476]. Die Regeln des AVG gelten einheitlich für alle bundesgesetzlichen und landesgesetzlichen Materien, Art 11 Abs 2 B-VG erlaubt allerdings den Materiengesetzgebern des Bundes und des Landes Abweichungen von der Einheitlichkeit, wenn diese „***zur Regelung des Gegenstands erforderlich***" sind [*Binder/Trauner* Rz 409].

Der Bundesgesetzgeber machte von dieser Ermächtigung in den §§ 339 ff GewO 1994 Gebrauch. So legt die GewO 1994 das Antragsverfahren des AVG in ein **Anmeldungsverfahren** (§ 5 Abs 1 und §§ 339 f GewO 1994) um. Die Anmeldung ist bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standorts zu erstatten (§ 339 Abs 1 GewO 1994). Die Anmeldung hat die **genaue Bezeichnung des Gewerbes** und des in Aussicht genommenen Standorts zu enthalten (§ 339 Abs 2 GewO 1994). Zweifel über den Inhalt und Gegenstand des Gewerbes müssen ausgeschlossen sein. **Änderungen oder Konkretisierungen** des Gewerbewortlautes während des laufenden Anmeldungsverfahrens sind **nicht möglich** (VwGH 29.03.1994, 94/04/0034).

22. Die Gewerbebehörde erledigt eine Gewerbeanmeldung:

- **Alle gesetzlichen Antrittsvoraussetzungen liegen vor**: Die Bezirksverwaltungsbehörde trägt den Anmelder längstens binnen drei Monaten in das **GISA** (GewerbeInformationsSystem Austria) (§ 365 GewO 1994) ein und übermittelt ihm einen Auszug aus dem GISA (§ 340 Abs 1 GewO 1994). Die **Eintragung** (§ 365a f GewO 1994) und Übersendung des Auszugs sind schlicht-hoheitliche Tätigkeiten, **kein Bescheid** (VwSlg 16.721 A/2005); bei Säumnis keine Säumnisbeschwerde möglich. Die durch Anmeldung entstandene Gewerbeberechtigung ist jedenfalls aufrecht; sie endet erst mit einem **Löschungsbescheid** des Landeshauptmanns nach § 363 Abs 4 letzter Satz GewO 1994 (VwSlg 16.721 A/2005).
- **Eine Antrittsvoraussetzung fehlt** (zB weil allgemeine und/oder besondere Berufsantrittsvoraussetzungen nicht vorliegen): Die Bezirksverwaltungsbehörde entscheidet mit **Feststellungs- und Leistungsbescheid** (§ 340 Abs 3 GewO 1994), stellt das Fehlen der Voraussetzung fest und untersagt die Ausübung des Gewerbes („Untersagungsbescheid").

Ausnahme: Wird ein **sensibles Gewerbe** (§ 95 GewO 1994) angemeldet, so entsteht auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen die Gewerbeberechtigung nicht ex lege, sondern erst mit einem Feststellungsbescheid der Gewerbebehörden. Der Anmelder muss den rechtskräftigen **Feststellungsbescheid** abwarten (§ 95 Abs 1 zweiter Satz, § 340 Abs 2 GewO 1994). Für sicherheitsrelevante Tätigkeiten (§ 120 Abs 1 zweiter Satz GewO) des **Rauchfangkehrergewerbes** (§ 94 Z 55) gilt Entsprechendes (§ 125 Abs 3, § 340 Abs 2a GewO).

Rechtsmittelverfahren

23. Gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden kann im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung, der Landesverwaltung und der Gemeindeverwaltung im eigenen und übertragenen [letzteres str] Wirkungsbereich **Bescheidbeschwerde** an das **Landesverwaltungsgericht** (Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG) erhoben werden (zum Beschwerdeverfahren vgl Begleittext Fall I !). Es gibt grundsätzlich nur **eine** **administrative** Instanz.

Nur in Angelegenheiten, die im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde (vgl **§ 337 GewO 1994**) vollzogen werden, besteht in manchen Bundesländern (auch in OÖ) ein **zweistufiger administrativer** gemeindeinterner **Instanzenzug** (vgl Art 118 Abs 4 B-VG), der vor Erhebung der Bescheidbeschwerde ausgeschöpft werden muss (Art 132 Abs 6 B-VG; etwa durch Berufung an den Gemeinderat; in Statutarstädten an den Stadtsenat [vgl *Binder/Trauner* Rz 1480, 1519-1521, 1527 und Begleittext Fall I).

Die **Bescheidbeschwerde** (Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG) hat gemäß § 13 Abs 1 VwGVG grundsätzlich **ex lege aufschiebende Wirkung**, sofern der Materiengesetzgeber nicht eine (iSv Art 136 Abs 2 letzter Satz B-VG) abweichende Verfahrensbestimmung getroffen hat (so etwa der oö Landesgesetzgeber für das Baurecht; vgl Begleittext zu Fall III Punkt 28.). Allerdings darf die **Verwaltungsbehörde** unter den Voraussetzungen des **§ 13 Abs 2** VwGVG und – nach Vorlage der Beschwerde – das **Verwaltungsgericht** unter den Voraussetzungen des **§ 22 Abs 2** VwGVG die **aufschiebende Wirkung** auch **ausschließen** (zum Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Berufung vgl Begleittext zu Fall III Punkt 27.).

Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass der „**Vollzug**" des angefochtenen **Bescheids in einem umfassenden Sinn ausgesetzt**, also seine Vollstreckbarkeit und die durch ihn bewirkte Gestaltung der Rechtslage, seine (Tatbestands- und Bindungs)**Wirkungen suspendiert** werden. Bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel dürfen keine – jedenfalls keine für den Beschwerdeführer nachteiligen – Rechtsfolgen gezogen werden; und zwar unabhängig davon, ob das Rechtsmittel letztlich erfolgreich ist oder erfolglos bleibt (VwGH 28.02. 2012, 2010/05/0106); die aufschiebende Wirkung **hemmt** die „**Umsetzung des Bescheids in die Wirklichkeit**" (zB VwGH 23.11.2013, AW 2013/09/0040).

Bsp: Besteht aufschiebende Wirkung, darf der Gewerbetreibende das Gewerbe trotz Entziehung der Gewerbeberechtigung (§ 87 GewO 1994) – bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel – ausüben; besteht aufschiebende Wirkung, darf der Betriebsinhaber von der erteilten Betriebsanlagengenehmigung nicht Gebrauch machen, die Betriebsanlage somit – bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel einer Nebenpartei – nicht errichten und betreiben; besteht aufschiebende Wirkung, darf der Gewerbeanmelder das Gewerbe trotz eines Untersagungsbescheids nach § 340 Abs 3 GewO 1994 – bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel – ausüben, allerdings nur, wenn er tatsächlich alle Antrittsvoraussetzungen erfüllt, weil nur diesfalls mit der Anmeldung die Gewerbeberechtigung (ein Recht) entstanden ist.

Durch die aufschiebende Wirkung kann nicht mehr erreicht werden als durch das Rechtsmittel selbst. Dh die aufschiebende Wirkung kann **niemals** dazu führen, dem Rechtsmittelwerber eine **Rechtsposition zu verschaffen**, die er bis dahin **nicht innehatte** (VwGH 12.11.2012, AW 2012/10/0059).

Bsp: Der Gewerbeanmelder, der nicht alle Antrittsvoraussetzungen erfüllt und der somit mit der Anmeldung keine Gewerbeberechtigung (kein Recht) erwirbt, darf das Gewerbe nicht ausüben, auch nicht bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel im Rechtsmittelverfahren gegen einen Untersagungsbescheid; der Betriebsinhaber, dessen Betriebsanlagengenehmigung zurück- bzw abgewiesen wurde, darf die Betriebsanlage nicht errichten und betreiben, auch nicht während eines Rechtsmittelverfahrens.

Entstehung der Gewerbeberechtigung kraft Gewerbeanmeldung

Die E-Mail des S vom 2. September 2016 ist eine gültige Gewerbeanmeldung (**vgl § 340 Abs 4 erster Satz GewO 1994**: *„Die Anmeldung und die … können mit Telefax, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise eingebracht werden."*) **S erfüllt die allgemeinen Voraussetzungen nach der GewO 1994. Die Gewerbeanmeldung ist gemäß § 339 Abs 1 GewO 1994 bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standorts, also beim Bürgermeister der Landeshauptstadt**

Linz, zu erstatten. Der Magistrat der Landeshauptstadt Linz ist das Amt des Bürgermeisters. S sendete die E-Mail an die richtige Stelle, sodass seine Gewerbeberechtigung gemäß § 5 Abs 1 GewO 1994 für das freie Gewerbe „Pflege von Gräbern" mit dem 2. September 2016 ex lege entstanden ist, ohne dass S auf einen Bescheid warten musste. Der Bürgermeister war daraufhin verpflichtet, zu prüfen, ob S alle persönlichen Voraussetzungen erfüllt (§ 340 Abs 1 Satz 1 GewO 1994).

S meldete am 02.09.2016 das Gewerbe „Pflege von Gräbern" an. Die Grabpflege ist – wie dargestellt – ein freies Gewerbe, weil es sich um eine einfache Tätigkeit des reglementierten Gewerbes „Gärtner", deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, handelt. Der Feststellungs- und Untersagungsbescheid geht jedoch von der rechtswidrigen Annahme aus, die von S ausgeübte Tätigkeit sei ein reglementiertes Gewerbe. Da S die Voraussetzungen für das freie Gewerbe erfüllt, war der Feststellungs- und Untersagungsbescheid, den der Magistrat der Landeshauptstadt Linz gemäß § 340 Abs 3 GewO 1994 erlassen hat, rechtswidrig.

Hätte die Behörde rechtmäßig gehandelt, hätte sie S spätestens drei Monate nach der Gewerbeanmeldung in das GISA eintragen und ihn durch Übermittlung eines Auszugs aus dem GISA von der Eintragung verständigen müssen (§ 340 Abs 1 Satz 2 GewO 1994).

<u>Sachliche Unzuständigkeit des Magistrats</u>

Der Magistrat der Landeshauptstadt Linz ist für die Erlassung des Bescheids sachlich unzuständig. Zuständig wäre der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz als Bezirksverwaltungsbehörde gewesen: Gemäß § 333 Abs 1 GewO 1994 ist die Bezirksverwaltungsbehörde zuständige Gewerbebehörde, wenn in der GewO 1994 nichts anderes bestimmt ist. In § 340 Abs 1 GewO 1994 (Anmeldungsverfahren) ist nichts anderes bestimmt. Auch für Strafbescheide ist der Bürgermeister als Bezirksverwaltungsbehörde zuständig (§ 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 sowie der subsidiäre Zuständigkeitstatbestand in § 26 Abs 1 VStG).

<u>Tatbestand des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 nicht erfüllt</u>

Ausgehend von der Rechtsauffassung, dass die „Pflege von Gräbern" ein freies Gewerbe bildet, war die Ausübung des Gewerbes durch den Aushang des Zettels am Barbara-Friedhof vom 02.09.2016 bis zum 20.10.2016 rechtmäßig, weil die Gewerbeberechtigung des S mit der Anmeldung des Gewerbes am 02.09.2016 ex lege entstanden ist. Der Tatbestand des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 („wer ein Gewerbe ausübt, *ohne* die erforderliche Gewerbeberechtigung *erlangt zu haben*") war daher in diesem Zeitraum nicht erfüllt. Hingegen bleibt die Strafbarkeit für den 01.09.2016 aufrecht, weil S an diesem Tag noch keine Gewerbeanmeldung erstattet hatte. Eine Strafbarkeit auch für den 01.09.2016 würde nur dann entfallen, wenn das konkrete Angebot des S, die „Pflege von Gräbern" zu übernehmen, als „Verrichtung einfachster Art" im Sinne des § 2 Abs 1 Z 8 GewO 1994 zu qualifizieren und damit gänzlich vom Anwendungsbereich der GewO 1994 ausgeschlossen wäre (was oben verneint wurde).

Verletzung des Parteiengehörs im Verwaltungsstrafverfahren – Rechtfertigung des Beschuldigten (**§§ 40 bis 42 VStG**) [**vgl Art 6 Abs 3 lit a bis lit c EMRK**]

Der Magistrat erließ den Bescheid, ohne dass die Behörde S zuvor angehört hätte. Im Verwaltungsstrafverfahren **hat die Behörde dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben, sich zu rechtfertigen** (**§ 40 Abs 1 VStG**), und zwar entweder durch die **Beschuldigtenladung** (**§ 19 AVG, §§ 40 und 41 VStG**) **oder** (**§ 40 Abs 2 VStG**) durch die **Aufforderung zur Rechtfertigung** (**§§ 40 und 42 VStG**) **durch persönliches Erscheinen vor der Behörde zur Vernehmung oder durch schriftliche Rechtfertigung**.

Die – nicht öffentliche – mündliche (**Straf**)**Verhandlung** (**§§ 43 f VStG**) **vor der Verwaltungsstrafbehörde kann eine bloße Beschuldigtenvernehmung** (**§ 33 Abs 1 VStG**) **sein. S wurde von der Behörde keinerlei Gelegenheit gegeben, sich zu rechtfertigen, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen**. **Das Verfahren vor dem Magistrat leidet daher an einem Verfahrensmangel**.

Einstellung des Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit

Gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG muss die Behörde (**gebundene Entscheidung**) **von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens absehen bzw die Einstellung verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind**. **Das geschützte Rechtsgut ist das öffentliche Interesse an einer geordneten Gewerbeausübung**. **Durch die dem S vorgeworfene Tat wird dieses Rechtsgut nur geringfügig beeinträchtigt: Das Angebot am Barbara-Friedhof in Linz ist vereinzelt, wurde wahrscheinlich erst von wenigen Leuten überhaupt bemerkt, gelangte somit noch nicht einem größeren Personenkreis zur Kenntnis**. **Die Intensität der Beeinträchtigungen ist gering**. **Außerdem ist die Rechtsansicht des S, dass er nämlich berechtigt war, das Gewerbe aufgrund seiner Gewerbeanmeldung auszuüben, zumindest vertretbar, das „Ausmaß des Verschuldens"** (**§ 19 Abs 2 VStG**) **daher gering**.

Rechtswidrige Strafbemessung (**§§ 19 ff VStG**)

Die Festsetzung der Strafe für S innerhalb des gesetzlich festgelegten Strafrahmens (**zwischen € 7,– und € 3.600,–**) **liegt im Ermessen der Behörde, die ihre Entscheidung nach den vom Gesetzgeber** (**insbesondere**) **in § 19 VStG festgelegten** (**Ermessens**)**Kriterien vorzunehmen hat und nachvollziehbar begründen muss. Die Behörde übt ihr Ermessen nur dann *„im Sinne des Gesetzes"* (vgl Art 130 Abs 3, 133 Abs 3 B-VG**), **wenn die verhängte Strafe unter Bedachtnahme auf diese Kriterien** (**Strafbemessungsgründe**) **festgesetzt wird und vertretbar erscheint**.

Ausgangspunkt der Strafbemessung ist zunächst ***„die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts"***, **insb aber das Ausmaß** (**die „Intensität"**) **seiner Beeinträchtigung durch die konkrete Tat** (**§ 19 Abs 1 VStG: objektiver Unrechtsgehalt der Tat**). Darüber hinaus sind im **ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren** nach **§ 19 Abs 2 VStG auch subjektive Kriterien der Tat** (**§ 19 Abs 2 VStG: subjektiver Unrechtsgehalt der Tat**) bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, so sind **Erschwerungs- und Milderungsgründe** (§§ 33 bis 35 StGB) **gegeneinander abzuwägen**; auf das **Ausmaß des Verschuldens** ist ***„besonders Bedacht zu nehmen"***; und bei der Bemessung von Geldstrafen sind überdies die **Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen.**

Aus den oben dargelegten Gründen ergibt sich, dass die Strafe jedenfalls zu hoch ist, auch wenn sie sich innerhalb des gesetzlich festgelegten Strafrahmens (nach § 13 VStG iVm § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 zwischen € 7,– und € 3.600,-) bewegt. Maximal eine Strafe von € 200,- bis € 300,- wäre angesichts der Umstände (auch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des S wären zu berücksichtigen gewesen) angemessen gewesen.

Die Behörden (und Verwaltungsgerichte) sind **verpflichtet, in der Begründung** ihrer Entscheidungen **die für die Ermessensübung maßgebenden Überlegungen und Umstände** insoweit **offen zu legen**, als dies **für die Rechtsverfolgung durch die Parteien** und für die **Nachprüfung der Ermessensentscheidung** auf seine Übereinstimmung mit dem *„Sinn des Gesetzes"* durch die Verwaltungsgerichte (**Art 130 Abs 3 B-VG**) bzw den Verwaltungsgerichtshof (**Art 133 Abs 3 B-VG**) erforderlich ist (05.11.2014, Ro 2014/09/0005). Die Begründung des Magistrats der Landeshauptstadt Linz, dass die ***„Höhe der Strafe angemessen"* ist, *„weil S den Zettel trotz Aufforderung durch B nicht abgenommen hat"***, genügt dem keinesfalls.

Ersatzfreiheitsstrafe zu hoch (§ 16 Abs 2 VStG)

Die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe ist zu hoch. Gemäß § 16 Abs 2 VStG beträgt die maximale Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe zwei Wochen sofern – wie in § 366 GewO 1994 – keine primäre Freiheitsstrafe angedroht ist und nichts anderes bestimmt ist. Der Magistrat verhängte aber Ersatzfreiheitsstrafen von vier Wochen. Außerdem steht die Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe außer Verhältnis (§ 19 VStG) zur Höhe der verhängten Geldstrafe (€ 1.000,-) und zur Bedeutung der Tat.

[***Anmerkung: Bei den Argumenten zur Einstellung des Strafverfahrens, zur Strafhöhe und zur Ersatzfreiheitsstrafe handelt sich um „Eventualargumente" für den Fall, dass die Berufungsbehörde die primären Gründe für die Rechtswidrigkeit (Unzuständigkeit, Tatbestand nicht erfüllt etc) nicht aufgreifen sollte***].

Rechtsweg

Der Magistrat entschied als unzuständige Behörde im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Für den Instanzenzug kommt es darauf an, welche Behörde den Bescheid tatsächlich erlassen hat, und nicht darauf, welche ihn hätte erlassen sollen (VwGH 13.10.1993, 93/02/0123). Daher muss S, will er sich gegen den Bescheid des Magistrats zur Wehr setzen, zunächst Berufung gemäß § 63 AVG an den Stadtsenat der Landeshauptstadt Linz erheben (§ 64 Abs 1 StL), erst dann (vgl Art 132 Abs 6 B-VG) führt der Rechtsweg zum Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.