OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-800230/12/Wg/BBa

Datum:
Linz, 3. April 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des Herrn A P, X, X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G L, X, X, vom 8. November 2016, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 5. Oktober 2016, GZ: 0042100/2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach der GewO 1994 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Februar 2017

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die Geldstrafe auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 77 Stunden herabgesetzt wird. Im Spruch des Straferkenntnisses wird der Begriff „Auflage“ durch den Begriff „Auftrag“ ersetzt. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens der belangten Behörde reduziert sich auf 50 Euro. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang, Sachverhalt

I.1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (in der Folge kurz: belangte Behörde) vom 5. Oktober 2016, GZ: 0042100/2016, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge kurz: Bf) eine Geldstrafe in der Höhe von 600,- Euro, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 92 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 367 Z 25 GewO 1994 iVm Auflage 11) des Bescheides des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 29. Dezember 2006, GZ6 501/N061102F, verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 60,- Euro vorgeschrieben.

Diesem Straferkenntnis liegt (wortwörtlich) folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Der Beschuldigte, Herr A P, hat folgende Verwaltungsübertretung als gewerberechtlicher Geschäftsführer der X GmbH. nach § 370 Abs. 1 GewO verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten: Die X GmbH. mit dem Sitz in W, X, hat als Gewerbeinhaberin und Betreiberin des Lokales ‚X´ im Standort X, X, das oa. Lokal am 08.07.2016 in der Zeit von 22:30 Uhr bis 22:40 Uhr und am 22.07.2016 von 22:40 Uhr bis 22:50 Uhr betrieben, ohne dass die für diese Betriebsanlage mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 29.12.2006, GZ6 501/N061101F unter Punkt 11) vorgeschriebene Auflage, dass ‚die Lokaleingangstüre mit einem automatischen Türschließer zu versehen ist, dessen Funktion nicht beeinträchtigt werden darf´´, eingehalten wurde. Bei Kontrollen durch Amtsorgane des Magistrates Linz, Bau- und Bezirksverwaltung, zu den oben angeführten Zeitpunkten wurde festgestellt, dass die Lokaleingangstüre zur Gänze offen stand und somit die Funktion des automatischen Türschließers beeinträchtigt war.“

Begründend wurde von der belangten Behörde festgehalten, dass der Beschuldigte weder zum in der Aufforderung zur Rechtfertigung genannten Termin am 4. Oktober 2016 erschienen sei, noch bis dahin eine schriftliche Stellungnahme abgegeben habe. Er hätte aber die Übermittlung des gesamten der Anzeige zugrundeliegenden Aktes und eine Fristverlängerung zur Abgabe der Stellungnahme beantragt. Dem sei nicht Folge geleistet worden, da bereits der gesamte Verfahrensakt mit der Aufforderung zur Rechtfertigung dem Beschuldigten zu Handen seines Anwaltes zugestellt worden und auch kein sonstiger Grund für die Fristverlängerung vorgelegen sei. Der Sachverhalt sei aufgrund der Aktenlage erwiesen. Bei Kontrollen sei festgestellt worden, dass die Lokaleingangstüre zur Gänze offen stand und somit die Funktion des automatischen Türschließers beeinträchtigt war. Hinsichtlich des Verschuldens wird auf § 5 Abs. 1 VStG hingewiesen; beim vorliegenden Ungehorsamsdelikt treffe den Bf die Beweislast dafür, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Ein Schuldentlastungsbeweis konnte aufgrund des Nichterscheinens zum angegebenen Ladungstermin nicht erbracht werden. Bei der Bemessung der Strafe seien keine strafmildernden

Umstände gewertet worden; straferschwerend waren sechs einschlägige Vormerkungen im Strafregister. Es sei – mangels Mitwirkung des Bf trotz vorheriger Aufforderung durch die Behörde – von einem monatlichen Nettoeinkommen in der Höhe von 1.500,- Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten ausgegangen worden. Die Strafhöhe erscheine folglich schuld- und tatangemessen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die gegenständliche Beschwerde vom 8. November 2016. Das Straferkenntnis wird vollinhaltlich angefochten. Der Bf beantragt die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

Im Beschwerdevorbringen wird zusammengefasst vorgebracht, dass...

- der Bf die Verwaltungsübertretung nicht begangen habe. Es werde ausdrücklich die Richtigkeit der Sachverhaltsannahmen (soweit überhaupt vorhanden) bestritten. Eine ordnungsgemäße Beweiswürdigung fehle.
- es Auflagepunkt 11) an Klarheit und Eindeutigkeit mangle, weswegen dieser nicht Grundlage eines Strafbescheides sein könne. Der Wortlaut würde keinesfalls bedeuten, dass die Lokaleingangstür ständig geschlossen zu halten sei. Die im 2. Halbsatz angeführte Einschränkung der im 1. Halbsatz verfügten Auflage machte die Auflage für den Normadressaten völlig unklar, da in keiner Weise definiert sei, was eine Beeinträchtigung der Funktion des Türschließers sein könne. Unstrittig sei, dass die Lokaleingangstüre tatsächlich mit einem automatischen Türschließer versehen (gewesen) sei. Ein Verstoß gegen diese Auflage sei jedenfalls nicht gegeben. Selbst wenn man den zweiten Halbsatz des Punktes 11) als eigenständigen Auftrag verstehen wolle, hätte sich die belangte Behörde mit den entscheidungswesentlichen Fragen auseinandersetzen müssen, was die Funktion des automatischen Türschließers im Sinne dieser Auflage sei und ob diese Funktion im konkreten Fall tatsächlich beeinträchtigt worden sei. Da die Funktion des automatischen Türschließers nicht darin bestehen könne, die Lokaleingangstüre ständig geschlossen zu halten (Gäste und Personal müsse ja der Zutritt zum Lokal ermöglicht werden), könne seine Funktion wohl nur darin bestehen, mögliche Immissionen aus dem Geschäftslokal auf ein zulässiges Ausmaß zu beschränken. Nur durch eine „Schleuse“ mit zweifacher Eingangstüre könne jedoch effizient und wirksam verhindert werden, dass Emissionen nach außen dringen. Eine derartige Schleusenlösung sei aber nicht vorgeschrieben worden. Sollte daher aber ein ständiges Geschlossen halten der Eingangstüre iSe völligen Vermeidung des Emissionsaustritts nicht intendiert worden sein, so wäre die Auflage in einer Weise zu formulieren gewesen, dass für einen durchschnittlichen Normadressaten klar und unzweifelhaft erkennbar ist, was konkret unter einer Beeinträchtigung der

Funktion des automatischen Türschließers zu verstehen sei. Als durchschnittlicher Normadressat könne der 2. Halbsatz nur so interpretiert werden, dass eine Beeinträchtigung der Funktion des Türöffners nur dann vorliege, wenn der Schließmechanismus als solcher nicht funktioniert, weil er defekt ist oder durch technische Manipulation am Mechanismus selber außer Funktion gesetzt wird. Insbesondere ein mit den Arbeitsabläufen im Betrieb halbwegs vertrauter Normadressat würde das Offenhalten der Eingangstür für wenige Minuten nicht als Beeinträchtigung der Funktion des Türschließers empfinden. Es wäre zu definieren gewesen, ab wann von einer Beeinträchtigung der Funktion des automatischen Türschließers auszugehen sei, damit sich der Normadressat daran halten könne.

- als Beweise werden vom Bf die Einholung eines medizinischen und emissionstechnischen Gutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen, die Durchführung eines Ortsaugenscheins sowie die Einvernahme des Bf beantragt.
- das Straferkenntnis erlassen worden sei, ohne dem Bf eine Stellungnahmemöglichkeit zu den Beweismitteln einzuräumen. Die rechtzeitig gestellten Anträge auf Aktenübersendung bzw. Akteneinsicht samt Fristerstreckung seien von der belangten Behörde nicht behandelt worden. Diese hätte kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt und ihrer gesetzlichen Feststellungs- und Begründungspflicht nicht entsprochen.
- selbst wenn in objektiver Hinsicht eine Verwaltungsübertretung vorliegen würde, den Bf kein Verschulden träfe. Er habe ein objektiv äußerst effizientes Kontrollsystem zur Einhaltung des Genehmigungsbescheides aufgebaut. Dieses sah vor, dass alle Mitarbeiter regelmäßig (in kurzen Abständen) über alle Auflagen und ihre richtige Handhabung informiert wurden und strikte Anweisungen hatten, für die Einhaltung aller Auflagen zu sorgen. Darüber hinaus hätten regelmäßige (auch überraschende) Kontrollen durch den Bf bzw. bevollmächtigte Personen (insbesondere Herrn *C H*, der als Zeuge einvernommen werden sollte) stattgefunden. Das Funktionieren des Kontrollsystems zeige sich auch an den wiederholten aber ohne Beanstandungen verlaufenden Überprüfungen durch die Exekutive.
- selbst wenn in objektiver und subjektiver Hinsicht eine Verwaltungsübertretung vorliegen sollte, im konkreten Fall sämtliche Voraussetzungen für eine Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 VStG vorliegen würden, weil ein Verschulden des Bf jedenfalls äußerst gering wäre.
- vorsichtshalber auch geltend gemacht werde, dass die von der Verwaltungsstrafbehörde erster Instanz verhängte Strafe überhöht sei und nicht den gesetzlichen Strafzumessungsgründen entspreche.

I.3. Die Beschwerde wurde von der belangten Behörde samt Verfahrensakt des Verwaltungsstrafverfahrens mit Schreiben vom 21. November 2016, eingelangt am 24. November 2016, ohne vorherige Erlassung einer Beschwerde-vorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt,

welches folglich zur Entscheidungsfindung zuständig ist (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm Art. 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG).

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 15. Februar 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich lagen insgesamt 4 Beschwerden des Bf vor, die um 09:30 Uhr, 11:30 Uhr, 12:30 Uhr und 13:30 Uhr verhandelt wurden. Erschienen sind dazu weder ein Vertreter des Bf bzw. der Bf selbst noch ein Vertreter der belangten Behörde.

I.5. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt gilt als erwiesen:

Zum Tatzeitpunkt (und nach wie vor) ist die X GmbH Gewerbeinhaberin für die Ausübung des Gastgewerbes im Standort X, X; gewerberechtlicher Geschäftsführer war und ist nach wie vor A P, geb. X, wh. X, X. Die gastgewerbliche Betriebsanlage wurde zu den angelasteten Zeiten im genannten Standort auch von der X GmbH tatsächlich betrieben. [Gewerberegisterauszug]

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 29. Dezember 2006, GZ6 501/N061101F, wurde hinsichtlich der gastgewerblichen Betriebsanlage im Standort X, X, der X XgmbH, X, X, die gewerbebehördliche Genehmigung gemäß des § 359 b GewO 1994 erteilt und unter Spruchpunkt I. Punkt 11) folgender Auftrag vorgeschrieben: „*Die Lokaleingangstüre mit einem automatischen Türschließer zu versehen ist, dessen Funktion nicht beeinträchtigt werden darf.*“ [Feststellungsbescheid vom 29.12.2006].

Die Lokaleingangstür, die hofseitige Türe und das hofseitige Fenster waren am 08. Juli 2016, 22:30 bis 22:40 Uhr sowie 22. Juli 2016, 22:40 bis 22:50 Uhr nicht geschlossen (sondern zur Gänze geöffnet). Des Weiteren war die hofseitige Türe am 12. August 2016, 22:25 bis 22:35 Uhr sowie 16. August 2016, 10:29 bis 10:37 Uhr, nicht geschlossen (sondern weit geöffnet) und mit einem Sonnenschirmständer fixiert. Dies wurde von Erhebungsbeamten des Magistrates Linz festgestellt. Die Erhebungsbeamten verfassten zwei Anzeigen. Die eine Anzeige bezieht sich auf die Kontrollen im Juli, die andere auf die Kontrollen im August. Die belangte Behörde erließ schließlich drei Straferkenntnisse. Das gegenständliche Straferkenntnis vom 5. Oktober 2016 bezieht sich auf Auftrag Punkt 11) (Lokaleingangstür). Ein weiteres Straferkenntnis vom 5. Oktober 2016 sowie ein Straferkenntnis vom 12. Oktober 2016 beziehen sich auf Auftrag Punkt 12) (betr. hofseitige Türe, hofseitiges Fenster) (Aussagen D und E, Tonbandprotokolle, Anzeigen vom 22.07.2016 und vom 07.09.2016, Straferkenntnisse).

Herr *D*, der regelmäßig behördliche Kontrollen bei der verfahrensgegenständlichen Betriebsstätte durchführt, hat dabei noch nie einen Herrn *P* bzw. Herrn *H* angetroffen. Aufgrund von (Nachbar)Beschwerden wurden bereits vor den gegenständlichen Kontrollen Überprüfungen (jeweils mit Ermahnungen des anwesenden Personals z.B. die Türen und Fenster in den Innenhof zu schließen) durchgeführt. [Tonbandprotokoll(e)]

Der Bf behauptet in der Beschwerde zwar, regelmäßige als auch überraschende und unangekündigte Kontrollen durchzuführen. Wie viele Kontrollen in welchem Zeitraum er durchgeführt hat, wird in der Beschwerde nicht vorgebracht und hat er trotz gebotener Gelegenheit durch sein unentschuldigtes Nichterscheinen in der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung auch nicht ausgeführt. Wie viele Kontrollen Herr H in welchem Zeitraum durchgeführt hat, steht nicht fest. (Beschwerde, Verhandlungsschrift)

Im Strafregister der belangten Behörde sind hinsichtlich des Bf sechs Vorstrafen vermerkt (5 rechtskräftige Einträge wegen Übertretung des § 367 Z 25 GewO, ein rechtskräftiger Eintrag wegen Übertretung des § 366 Abs. 1 Z 3 GewO). Der Bf hat – trotz Aufforderung der Behörde – keine Angaben zu seinen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen getätigt. Die Behörde ging von einem monatlichen Nettoeinkommen von 1500,- Euro sowie dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten aus. [Schreiben der Behörde vom 05.09.2016; Fax des Bf vom 04.10.2016, Bescheid, Begründung Straferkenntnisse, Strafregisterauszug]

II. Beweise, Beweiswürdigung

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Februar 2017, zu der weder seitens des Bf noch seitens der Behörde ein Vertreter erschienen ist. Die geladenen Zeugen E D sowie K D sind ebenfalls nicht erschienen.
Herr D wurde jedoch am Vormittag im Zuge der Verhandlung zu LVwG-800228-2016 einvernommen und hier auch sogleich zu den Kontrollen sowohl vom 8. Juli 2016 und 22. Juli 2016 befragt. Im Rahmen der gegenständlichen Verhandlung wurde Herr D dazu erneut telefonisch informativ befragt und bestätigte die bereits zuvor als Zeuge getroffenen Ausführungen.

Der vom Bf beantragte Zeuge Herr *H* ist ebenfalls nicht erschienen, obwohl im Mail des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 14. Februar 2017 der Bf noch explizit aufgefordert wurde, mit dem Zeugen zur Verhandlung zu erscheinen.

II.2. Der unter Punkt I.5. festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den aufgenommenen Beweisen, insbesondere aus den jeweils in Klammern angeführten Beweismitteln.

Das entscheidungswesentliche Beweisergebnis stützt sich somit insbesondere auf die Aussagen des Herrn D, welcher widerspruchsfrei dargelegt hat, dass zu den Tatzeitpunkten die Lokaleingangstüre über die gesamte Zeit hinweg offen gehalten wurde. Er hatte aber auch klar gelegt, dass er sich nicht mehr daran erinnern könne, ob diese mit einem Keil fixiert gewesen ist. Sie sei „jedenfalls offen gewesen“. Das Offenhalten wird im Übrigen auch vom Bf nicht bestritten. Das vom Bf in der Beschwerde angesprochene „Kontrollsystem“ konnte mangels Erscheinen des Bf sowie des vom Bf als Auskunftsperson angeführten und seitens des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich per Mail vom 14. Februar 2016 auch explizit zum Erscheinen in der mündlichen Verhandlung aufgeforderten Herrn *H* nicht weiter dargelegt werden. Herr *D* führte an, dass er bei keiner Kontrolle bislang einen Herrn *P* bzw. Herrn *H* angetroffen habe. Dies erscheint im Hinblick auf die ansonsten präzisen Ausführungen bzw. die Tatsache, dass immer die Ausweise der vor Ort angetroffenen Bediensteten kontrolliert wurden und auch, dass, wenn sich Herr D nicht mehr genau erinnern konnte (bspw. Keil in Türe), er dieses auch von selbst sofort offen ansprach, glaubhaft.

Dem in der Beschwerde gestellten Beweisantrag auf Einholung eines immissionsschutztechnischen Gutachtens war nicht Folge zu geben, weil es für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz ist und nachgewiesen werden muss, dass der Auftrag Punkt 11) aus Immissionsschutzgründen erforderlich ist. Auch auf die Durchführung des beantragten Ortsaugenscheins konnte verzichtet werden, da ein im Jahr 2017 durchgeführter Ortsaugenschein undenkbar beurteilungsrelevante Feststellungen im Hinblick auf die im Zeitpunkt der Kontrolle am 8. Juli 2016 vorgefundene Situation ermöglichen kann.

Hinsichtlich der vom Bf vorgebrachten Mangelhaftigkeit des behördlichen Ermittlungsverfahrens sei angemerkt, dass darauf nicht weiter einzugehen ist, da die Entscheidung des Verwaltungsgerichts an jene Stelle der belangten Behörde tritt. Im Rahmen dieses verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurde dem Bf mehrmals (insbesondere bei der mündlichen Verhandlung bzw. durch Zusendung des Tonbandprotokolls und der dabei erfolgten Aufforderung zur Stellungnahme) Gelegenheit gegeben, sich zu den Ermittlungsergebnissen und rechtlichen Annahmen zu äußern. Davon sowie von der bestehenden Möglichkeit zur Akteneinsichtnahme etc. hat der Bf jedoch zu keiner Zeit Gebrauch gemacht. Der festgestellte Sachverhalt ergab sich für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufgrund der zuvor dargelegten Überlegungen schlüssig und vollständig aus den vorliegenden Beweisen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat über die Beschwerde in rechtlicher Hinsicht erwogen:

III.1. Gemäß § 367 Z 25 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2.180,- Euro zu bestrafen ist, wer Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs. 1 oder § 84d Abs. 7 erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 und 359b in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen oder Aufträge nicht einhält.

Nach § 370 Abs. 1 leg. cit. sind, wenn die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt oder genehmigt wurde, Geldstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen.

III. 2. Voraussetzung für die Erfüllung des Straftatbestandes des § 367 Z 25 ist ein Verhalten bzw. eine Vorgangsweise im Rahmen einer genehmigten Betriebsanlage. Tatbestandsmäßig ist die Nichteinhaltung von Auflagen durch den aus einem Genehmigungsbescheid jeweils Verpflichteten (vgl. etwa VwGH 10.12.1996, 96/04/0154). Verpflichteter aus einem Genehmigungsbescheid ist der jeweilige Inhaber der Betriebsanlage.

Die X GmbH betreibt am Standort X, X, das Lokal „X“ und ist damit Inhaber der in Rede stehenden gastgewerblichen Betriebsanlage. Damit hat auch die X GmbH die im Betriebsanlagengenehmigungsbescheid vom 29. Dezember 2006, GZ6 501/N061101F, enthaltenen „Aufträge“ einzuhalten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Genehmigungsbescheid auf die X XgmbH lautet, da ein Betriebsanlagengenehmigungsbescheid dingliche Wirkung besitzt.

Wenn der Bf vorbringt, ein Verstoß gegen Auflagepunkt 11) würde insofern nicht vorliegen, da die Lokaleingangstüre unstrittig mit einem automatischen Türschließer versehen sei, ist dem entgegenzuhalten, dass – wie auch vom Bf ausgeführt - Auftrag 11) im zweiten Halbsatz gerade auch vorschreibt, dass die Funktion des Türschließers nicht beeinträchtigt werden darf. Ein automatischer Türschließer hat den Zweck, dass sofort nach Öffnen der Türe, gleichgültig ob zum Betreten oder zum Verlassen des Lokals, die Türe automatisch wieder geschlossen wird. Eine Beeinträchtigung des automatischen Türöffners liegt daher nach allgemeinem Verständnis insofern vor, wenn das sofortige automatische Schließen der Türe – wie auch immer – verhindert wird oder (z.B. aufgrund technischer Probleme) unmöglich ist und daher der automatische Türöffner seinen Zweck (automatisches sofortiges Schließen) nicht erfüllen kann. Insofern ist der Auftragspunkt daher entgegen der Auffassung des Bf auch nicht unbestimmt oder widersprüchlich. Eine derartige Beeinträchtigung lag im konkreten Fall daher auch unzweifelhaft vor, da zu den Tatzeitpunkten die Lokaleingangstüre länger als für das bloße Betreten/Verlassen des Lokals erforderlich – nämlich zumindest die gesamte Zeit der Kontrolle hinweg – offen

gehalten wurde. Diesen Vorwurf enthält auch der Spruch des Straferkenntnisses, wenn darin festgehalten wird, dass die Lokaleingangstüre zur Gänze und eben für einen Zeitraum von (zumindest) 10 Minuten offen stand. Wenn die Lokaleingangstüre über 10 Minuten lang zur Gänze offen stand, ist ein automatisches sofortiges Schließen außer Funktion gesetzt worden, was eindeutig gegen Auflagepunkt 11) verstößt.

Ins Leere führt auch der Einwand des Bf, ein kurzfristiges Offenhalten der Lokaleingangstüre verursache keine unzulässigen Immissionen und es werde nicht gegen Auflagepunkt 11) des Genehmigungsbescheides verstoßen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist nämlich die Frage der Rechtmäßigkeit und Erforderlichkeit der in einem Betriebsanlagengenehmigungsbescheid enthaltenen Auflage im Verwaltungsstrafverfahren nicht mehr zu überprüfen. Der Genehmigungsbescheid, der die entsprechende Auflage enthält, ist in Rechtskraft erwachsen und hat somit der Anlageninhaber auch die entsprechende Auflage einzuhalten. Für den Fall, dass die Voraussetzungen für die Vorschreibung einer Auflage nicht mehr vorliegen, sieht die Gewerbeordnung das Verfahren nach § 79c GewO 1994 vor, welches auf Antrag des Anlagenbetreibers einzuleiten ist. Erst nach bescheidmäßiger Aufhebung einer Auflage entfällt die Verpflichtung zur Einhaltung für den Anlagenbetreiber. Da zu den angeführten Tatzeiten (und auch aktuell) Auflagepunkt 11) aber unzweifelhaft dem Rechtsbestand angehörte, ist die Nichteinhaltung dieses Auflagepunktes strafbar. Wie der Auftragspunkt 11) daher unter Umständen auch anders formuliert werden hätte können, ist nicht Gegenstand dieses Strafverfahrens.

Feststeht, dass die Eingangstüre zu den genannten Tatzeitpunkten über 10 Minuten lang zur Gänze offen gehalten und damit demgemäß Punkt 11) des Genehmigungsbescheides angeordneten Auftrag nicht nachgekommen wurde und daher die Tatbestandsmerkmale der angelasteten Übertretung in objektiver Hinsicht erfüllt sind. Zur Richtigstellung ist anzumerken, dass es sich um keine Auflage, sondern einen Auftrag handelt.

Es ist der belangten Behörde daher beizupflichten, dass der Bf als der im gegenständlichen Fall für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften gemäß § 370 Abs. 1 GewO 1994 verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher der X GmbH die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht zu vertreten hat.

III.3. Beim vorliegenden Delikt handelt es sich – wie schon von der belangten Behörde dargelegt – um ein Ungehorsamsdelikt, bei welchem insofern eine Umkehrung der Beweislast eintritt, als die Behörde und nunmehr das Verwaltungsgericht lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Beschuldigten ist, glaubhaft zu

machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung bestätigt, ist für die Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems entscheidend. Dabei bedarf es konkreter Behauptungen, durch welche innerbetriebliche organisatorische Maßnahmen eine Übertretung – im gegenständlichen Fall der Gewerbeordnung – hätte verhindert werden können, wobei nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die bloße Erteilung von Weisungen oder Belehrungen nicht ausreicht (vgl. VwGH 20.07.1992, 91/19/0201). Entscheidend ist vielmehr, ob auch eine wirksame Kontrolle der vom Verantwortlichen erteilten Weisungen erfolgt ist. Dabei reichen kurzfristige, stichprobenartige Kontrollen nicht aus, um die Annahme zu rechtfertigen, es liege ein wirksames Kontrollsystem vor von dem mit gutem Grund erwartet werden kann, dass es die tatsächliche Einhaltung der Gewerbeordnung sicherstellt.

Der Bf bringt in der Beschwerde vor, dass ihn ein Verschulden nicht treffe, da er ein entsprechendes „objektiv äußerst effizientes Kontrollsystem“ eingerichtet habe und er daher davon ausgehen konnte, dass die bescheidmäßig vorgeschriebenen Auflagen vom Personal auch eingehalten werden. Dieses sah vor, dass alle Mitarbeiter regelmäßig (in kurzen Abständen) über alle Auflagen und ihrer richtigen Handhabung informiert wurden und strikte Anweisungen hatten, für die Einhaltung aller Auflagen zu sorgen. Darüber hinaus hätten regelmäßige (auch überraschende) Kontrollen durch den Bf bzw. bevollmächtigten Personen (insbesondere Herrn C H, der als Zeuge einvernommen werden sollte) stattgefunden.

Das vom Bf in seiner Beschwerde dargelegte Kontrollsystem ist nicht geeignet, die Einhaltung der Gewerbevorschriften zu gewährleisten. Die Angaben des Bf in der Beschwerde sind nicht ausreichend für die Annahme eines funktionierenden Kontrollsystems zur Einhaltung des Auftragspunktes 11), insbesondere da sich diese konkret auf die Einhaltung des Auflagepunktes 12) beziehen [Arg.: Beschwerde Seite 7: „*Es konnte daher von Seiten des Beschwerdeführers ausgeschlossen werden, dass einer der Mitarbeiter die Hoftür oder das hofseitige Fenster öffnet. Es wurde sogar vom hofseitigen Fenster der Griff abmontiert...*“]. Aber auch abgesehen davon wäre vom Bf auch darzulegen gewesen, welche Maßnahmen er konkret getroffen hat, die mit gutem Grund die Einhaltung der

Verwaltungsvorschriften erwarten lassen, nämlich inwieweit er gezielt kontrolliert hat, dass die „strikten Anweisungen“ vom Personal auch tatsächlich ausgeführt werden. Die Überwachung durch einen bevollmächtigten Vertreter und durch den Bf ist insofern zu wenig als offenbar diese nicht ausreichend waren, um die Einhaltung aller Auflagen durch die Mitarbeiter zu kontrollieren. Insbesondere zeigt sich das Funktionieren des Kontrollsystems auch nicht, wie vom Bf behauptet, an den wiederholten Überprüfungen durch die Exekutive. Im Gegenteil wurden offenbar aufgrund vermehrter Nachbarbeschwerden Kontrollen (jeweils mit Ermahnungen z.B. die Türen und Fenster in den Innenhof zu schließen) durchgeführt. Dieser Umstand der notwendigen vermehrten Kontrollen indiziert vielmehr das Nicht-Funktionieren des Kontrollsystems. Zudem wurde von Herrn D glaubhaft versichert, dass weder der Bf noch Herr H im Zeitpunkt der von ihnen durchgeführten Kontrollen im Lokal angetroffen wurden. Auch dieser Umstand deutet auf ein wohl nicht ausreichendes Kontrollsystem hin.

Gegen das Vorliegen eines effektiven Kontrollsystems durch den Bf spricht darüber hinaus auch die Aussage des Herrn D, wonach die Mitarbeiter erst nach seiner Aufforderung bei der Kontrolle die Türen geschlossen haben. Das Kontrollsystem muss zu jeder Zeit des Betriebes die Einhaltung der Vorschriften gewährleisten und nicht nur dann, wenn die Mitarbeiter im Zuge einer Kontrolle explizit dazu aufgefordert werden. Auf die beantragte Einvernahme des Herrn H kommt es nicht weiter an, kommt es doch auf das Verschulden des Bf an. Entscheidend ist daher vor allem, welche Maßnahmen und Kontrollen der Bf gesetzt hat. Dazu hat er sich trotz gebotener Gelegenheit in der mV nicht geäußert. Die weder zeitliche noch inhaltlich konkretisierte Behauptung, (auch) er würde regelmäßig und überraschend Kontrollen durchführen, belegt kein ausreichendes Kontrollsystem.

Im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wurde vom Bf nicht dargelegt, welche Maßnahmen er ergreift, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter, die verwaltungsrechtlichen Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen zur Gewährleistung des Funktionierens des Kontrollsystems insgesamt (d.h. Sicherstellung der tatsächlichen Befolgung der erteilten Anordnungen zur Einhaltung der Vorschriften) getätigt wurden. Stichprobenartige – wenn auch überraschende – Überprüfungen und die Erteilung von Weisungen bzw. die regelmäßige Information aller Mitarbeiter in kurzen Abständen reichen – wie bereits ausgeführt - für das geforderte Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems zur Hintanhaltung von Verstößen nicht aus (vgl. VwGH 24.09.2010, 2009/02/0097). Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch ein besonders strenger Maßstab bezüglich des Kontrollsystems anzulegen ist.

Dem Bf ist es folglich nicht gelungen, das beim vorliegenden Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG zu vermutende fahrlässige Handeln zu entkräften. Da der Bf aber somit initiativ nichts darzulegen vermochte, was für seine Unschuld spricht, ist auch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes zu bejahen.

Der Bf hat daher die Verwaltungsübertretung auch subjektiv zu verantworten.

III.4. Vorgehen gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG

Nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Fall der Z 4 leg. cit. unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Voraussetzung für die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist folglich das kumulative Vorliegen beider normierter Kriterien; nämlich sowohl ein geringes Verschulden (subjektive Tatseite) als auch, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering ist (objektive Tatseite).

Von geringem Verschulden im Sinne dieser Bestimmung ist jedoch nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0118; idS etwa auch zur Vorgängerbestimmung VwGH 25.10.2009, 2008/09/0015). Dies ist im konkreten Fall nicht gegeben. Aus den vorgelegten Verfahrensakten ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das tatbildmäßige Verhalten des Bf hinter dem in § 367 Z 25 GewO typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückgeblieben und das Verschulden daher lediglich geringfügig gewesen wäre. Es sind vielmehr gerade keine die Schuld möglicherweise mildernden Umstände im Ermittlungsverfahren zu Tage getreten.

Insofern fehlt es aber zumindest an einer der in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG genannten kumulativen Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahren und kommt auch folglich keine Ermahnung nach § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG in Frage. Die Voraussetzungen „für eine bloße Ermahnung“ liegen folglich nicht vor.

III.5. Zur Höhe der Strafe

§ 367 sieht bei den nachfolgend normierten Verwaltungsübertretungen einen möglichen Strafrahmen von 7,- Euro (vgl. § 13 VStG) bis 2.180,- Euro vor. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG bilden „*die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat*“ die Grundlage einer jeden Strafbemessung.

Darüber hinaus sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen, wobei auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen ist. Bei der Bemessung von Geldstrafen ist auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten Bedacht zu nehmen. Die Behörde und in weiterer Folge auch das Verwaltungsgericht hat dann mit einer Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorzugehen, wenn der Beschuldigte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens Angaben über diese Umstände verweigert. Bei der Schätzung der Einkommensverhältnisse ist mangels Informationen von Seiten des Beschuldigten von einem Durchschnittseinkommen auszugehen (vgl. etwa VwGH 22.04.1992, 92/03/0019; 18.11.2011, 2011/02/0322).

Bei der Strafbemessung galt es somit insbesondere die verwaltungsstrafrechtliche Bescholtenheit des Bf zu berücksichtigen, wobei – wie der Strafregisterauszug belegt - (nur) fünf rechtskräftige Verwaltungsstrafen wegen § 367 Z 25 GewO vorliegen. Zudem war die realistische Schätzung der belangten Behörde von einem Nettoeinkommen von 1.500,- Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten heranzuziehen, da der Bf hierzu trotz Aufforderung durch die Behörde unter Hinweis auf die Folgen einer Verweigerung der Mitwirkung und der sich insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ergebenden Möglichkeiten keine Angaben im Verfahren gemacht hat. Da (nur) fünf Vorstrafen nach § 367 Z 25 GewO und damit entgegen der Annahme der Behörde nicht 6 einschlägige Vorstrafen ersichtlich sind, waren Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe entsprechend herabzusetzen (500,- Euro Geldstrafe, 77 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe). Damit reduziert sich auch der Kostenbeitrag für das behördliche Verfahren. Für das Beschwerdeverfahren fallen keine Kosten an.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Insbesondere liegt die Frage, ob im vorliegenden Fall gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vorzugehen ist, im Ermessen der Behörde ("kann") bzw. des Verwaltungsgerichtes und hängt insofern von einer auf den Einzelfall abzustellenden spezialpräventiven Prognose ab. Dahingehend liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, sondern nur eine die Einzelfallgerechtigkeit berührende Wertungsfrage vor. Der Frage, ob die besonderen Umstände des Einzelfalles auch eine andere Entscheidung gerechtfertigt hätten, kommt in der Regel keine grundsätzliche Bedeutung zu. Auch darüber hinaus weicht die gegenständliche Entscheidung nicht von der bisherigen, zuvor dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab und liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240,- Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl