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-800291/4/MS

Datum:
Linz, 12. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des R P, vertreten durch H P, R x, x H, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 4. Dezember 2017, GZ: 0010719/2015, wegen Übertretung der Gewerbeordnung (GewO) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. März 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 100 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) vom 4. Dezember 2017, GZ: 0010719/2015, wurde über R P (im Folgenden: Beschwerdeführer) wegen der Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 iVm §§ 81 und 74 Abs. 2 Z 2 GewO eine Geldstrafe von 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 47 Stunden) verhängt:

Dem Beschwerdeführer wird folgende Verwaltungsübertretung vorgeworfen:
„Der Beschuldigte, Herr R G P, geboren am x, wohnhaft: R x, hat als Gewerbeinhaber und somit als verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortlicher am 27.02.2015 und am 08.05.2015 das Lokal ‚C' im Standort L, B x, in der Betriebsart Cafe nach Durchführung einer gewerberechtlich genehmigungspflichtigen Änderung betrieben, ohne im Besitz einer hiefür erforderlichen Betriebsanlagengenehmigung zu sein.
Dieses Lokal wurde mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 27.08.2008, GZ N081005 (Verhandlungsschrift vom 29.04.2008, mit einer Betriebszeit von 06:00 Uhr bis 22:00 gewerbebehördlich genehmigt.

Die Änderung besteht in der Ausdehnung der genehmigten Betriebszeit:
- Laut Feststellung durch Amtsorgane des Magistrates Linz, Abteilung Erhebungsdienst, anlässlich einer Kontrolle war das Lokal am 27.02.2015 in der Zeit von 22:20 Uhr bis 22:35 Uhr noch geöffnet, indem sich noch 26 Gäste im Lokal befunden haben.
- Laut Feststellung durch Amtsorgane des Magistrates Linz, Abteilung Erhebungsdienst, anlässlich einer Kontrolle war das Lokal am 08.05.2015 in der Zeit von 22:10 Uhr bis 22:20 Uhr noch geöffnet, indem sich noch 7 Gäste im Lokal befanden, welche Getränke konsumierten.

Diese Änderung ist geeignet, Nachbarn durch Lärm (zusätzlich) zu belästigen und unterliegt daher einer Genehmigungspflicht nach § 81 in Verbindung mit § 74 Abs. 2 Z. 2 GewO."

Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt:
„Der im Spruch angeführte Sachverhalt wurde der erkennenden Behörde mit Anzeigen des Erhebungsdienstes des Magistrates Linz zur Kenntnis gebracht.

Mit Strafverfügung vom 12.05.2015 wurde gegen den Beschuldigten wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung(en) ein ordentliches Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet.

Gegen diese Strafverfügung erhob der Beschuldigte innerhalb offener Frist Einspruch und begründete diesen wie folgt:

Es wird dem Beschuldigten zur Last gelegt die genehmigten Betriebszeiten überschritten zu haben. Die Überschreitung der Betriebszeiten ist nur aufgrund von schuldbaren Verhalten strafbar. Es war dem Beschuldigten überhaupt nicht bewusst, dass er die genehmigten Betriebszeiten überschritten habe, da er davon ausging, dass Gastronomiebetriebe im Einkaufszentrum L, wenn sie die innerhalb der o.ö. Sperrstundenverordnung

angeführten Sperrstunden einhalten, rechtskonform handeln. Weiters ist eine Änderung der Betriebsanlage nicht erfolgt. Die Tat ist daher überhaupt nicht begangen worden.

Für die erkennende Behörde ist der im Spruch dargestellte Sachverhalt aufgrund der Aktenlage erwiesen.
Insbesondere wird vom Beschuldigten auch nicht bestritten, dass das ggstl. Lokal an den angeführten Tagen nach 22:00 Uhr noch geöffnet war.

In rechtlicher Würdigung des als erwiesen angenommenen Sachverhaltes hat die erkennende Behörde erwogen:

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung lauten auszugsweise wie folgt:
[...]
Wie aus dem Sachverhalt der vorgelegten Anzeigen hervorgeht, befanden sich am 27.02.2015 in der Zeit von 22:20 Uhr bis 22:35 Uhr noch 19 Gäste im Lokal, welche Getränke konsumierten, ohne dass eine Betriebsanlagenänderungsgenehmigung vorgelegen wäre. Am 08.05.2015 befanden sich in der Zeit von 22:10 Uhr bis 22.20 Uhr noch 7 Gäste im Lokal, welche Getränke konsumierten.

Dieses Lokal wurde mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 27.08.2009, GZ 0003939/2008, mit einer Betriebszeit von 06:00 Uhr bis 22:00 gewerbebehördlich genehmigt.

Es ist somit der Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung(en) in objektiver Hinsicht erfüllt.

Schuldfrage:
Die GewO sieht keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens vor. Es kommt daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn

- einem Verbot zuwidergehandelt oder ein Gebot nicht befolgt wird und
- zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (sogenanntes Ungehorsamsdelikt) und
- der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Beschuldigte hat im vorliegenden Fall (ein) Ungehorsamsdelikt(e) begangen.

Den Schuldentlastungsbeweis im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung konnte der Beschuldigte mit seiner Rechtfertigung nicht erbringen.
Er rechtfertigt sich damit, er habe nicht gewusst, dass er die genehmigten Betriebszeiten überschritten habe und sei davon ausgegangen, dass Gastronomiebetriebe im L sich bei Einhaltung der in der Oö. SperrzeitenVO angeführten Sperrzeiten gesetzeskonform verhalten würden. Dem ist entgegenzuhalten, dass bereits anlässlich einer Kontrolle des Erhebungsdienstes am 06.02.2015 hinsichtlich der überschrittenen Sperrstunde eine Ermahnung erfolgte und auch sämtliche Lokalinhaber des L vom Eigentümer schriftlich von der Sperrstunde um 22:00 Uhr verständigt worden waren.

Abgesehen davon wäre es Aufgabe des Gewerbeinhabers gewesen, sich hinsichtlich der Sperrzeiten zu erkundigen und kann er sich nicht schuldentlastend damit rechtfertigen, er hätte nicht gewusst, dass die Sperrstunde überschritten wurde.

Die gegenständliche(n) Verwaltungsübertretung(en) ist (sind) daher auch hinsichtlich ihrer subjektiven Tatbestandsmäßigkeit erwiesen.

Zur Strafhöhe ist festzustellen, dass gemäß § 19 Abs. 1 VStG Grundlage für die Bemessung der Strafe stets die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat ist; insofern spielt auch das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, eine entsprechende Rolle. Nach Abs. 2 leg. cit. sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Dies bedeutet, dass die erkennende Behörde auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 VStG ihre Wertung der Tat innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafrahmens darzutun hat. Eine Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ist eine Ermessensentscheidung, die nach den in § 19 leg. cit. festgelegten Kriterien vorzunehmen ist.

Als strafmildernd wurde die bisherige Unbescholtenheit gewertet, straferschwerend war kein Umstand.

Bei der Berücksichtigung der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten ging die Behörde aufgrund einer realistischen Schätzung von einem monatlichen Nettoeinkommen von € 1.500,-- und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten aus.

Bei entsprechender Berücksichtigung sämtlicher gemäß § 19 VStG maßgebender Bemessungsgründe erscheint (erscheinen) daher die verhängte(n) Strafe(n) dem Unrechtsgehalt der Tat(en) sowie dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.
Das Ausmaß der gemäß § 16 VStG festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafe(n) entspricht dem Unrechts- und Schuldgehalt der Verwaltungsübertretung(en).“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen dieses Straferkenntnis, das dem Beschwerdeführer zu Handen seines Vertreters am 6. Dezember 2017 zugestellt worden ist, wurde mit Eingabe vom 2. Jänner 2018 rechtzeitig Beschwerde erhoben und beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufheben und das Verfahren einstellen sowie eine mündliche Verhandlung durchführen.
Begründend wurde Folgendes ausgeführt:

„Das gegenständliche Straferkenntnis wird seinem gesamten Umfang angefochten.

Gem. § 81 Abs. 1 GewO besteht zur Wahrung der im § 74 Abs.2 umschriebenen Interessen eine Genehmigungspflicht für die Änderung der Betriebsanlage. Diese Genehmigung hat auch die bereits genehmigte Anlage so weit zu umfassen, als es wegen der Änderung zur Wahrung der im § 74 Abs.2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

Eine Genehmigungspflicht nach Abs. 1 Ziff 7 ist jedenfalls nicht notwendig, da Änderungen, die das Emissionsverhalten der Anlage zu den Nachbarn nicht nachteilig beeinflussen und die auf Grund der besonderen Situation des Einzelfalles erwarten lassen, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden Auflagen Gefährdungen des Lebens oder der Gesundheit von Personen vermieden und Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs.2 Z 3 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden.

Es wird bestritten, dass eine Änderung der Betriebsanlage vorliegt. Die Schutzinteressen des § 74 Abs. 2 werden keinesfalls verletzt. Das Lokal liegt im Erdgeschoß des Einkaufszentrums L und gehen vom Lokal keinerlei Emissionen aus, die Nachbarn nachteilig beeinflussen können. Aus diesem Grund ist eine allfällige Genehmigungspflicht nicht abzuleiten.

Der Beschuldigte ist lediglich Mieter des Lokales C und hat eine Betriebsanlagengenehmigung der Vermieter die K Gesellschaft mbH erwirkt. Der Vermieter versicherte und wurde im Mietvertrag vereinbart, dass ein Betrieben des Lokales im Rahmen der oö. Sperrstunden Verordnung 2002, LGBl. Nr. 150/2001 rechtskonform ist. Demnach ist ein Offenhalten des Lokales bis 04.00 Uhr möglich. Ein Feststellen des Ordnungsdienstes des Magistrates, dass um 22.35 Uhr sich noch Gäste im Lokal befunden haben ist daher nicht strafbar.

Nach dem Grundsatz ‚nulla poena sine culpa' darf nur dann eine Strafe verhängt werden, wenn dem Täter seine Tat persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Da dem Beschuldigten eine Überschreitung der Sperrstunde nicht vorwerfbar ist, ist die Verhängung einer Strafe rechtswidrig. Ihm ist auch ein fahrlässiges Verhalten nicht nachweisbar. An einer allfälligen Verletzung der Sperrstundenregelung trifft dem Beschuldigten kein Verschulden. Beweis: Zeuge Mag. M A, P x, x L“

Mit Schreiben vom 9. Jänner 2018 legte die belangte Behörde die gegenständliche Beschwerde unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung erlassen zu haben.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. März 2018, zu der der Vertreter des Beschwerdeführers und eine Vertreterin der belangten Behörde erschienen sind.

Es liegt folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt vor:
Der Beschwerdeführer ist Betreiber und Mieter des Lokals mit der Bezeichnung „C“ im Standort L, B x.
Für dieses Lokal liegt eine gewerbebehördliche Genehmigung mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 27. August 2008, GZ: N081005, vor.
Die genehmigte Betriebszeit beträgt von 6.00 Uhr bis 22.00 Uhr.
Es wurden zwei Kontrollen durch den Erhebungsdienst des Magistrates der Landeshauptstadt Linz, Bezirksverwaltungsamt, am 27. Februar 2015 und am 8. Mai 2015 durchgeführt.
Am 27. Februar 2015 war das Lokal im Zeitraum von 22.20 Uhr bis 22.35 Uhr geöffnet und befanden sich 26 Gäste im Lokal. Am 8. Mai 2015 war das Lokal von 22.10 Uhr bis 22.20 Uhr noch geöffnet und befanden sich 7 Gäste im Lokal.
Das Lokal selbst befindet sich in einem Einkaufszentrum.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verfahrensakt und werden die Tatsache, dass der Beschwerdeführer Betreiber des Lokals ist und der Umstand, dass das Lokal an den oben angeführten Tagen im oben angeführten Zeitraum noch geöffnet hatte und sich darin Gäste befanden, in der Beschwerde nicht in Abrede gestellt. Ebenso ergeben sich die Tatsache des Offenhaltens über die genehmigte Betriebszeit hinaus und auch der Umstand, dass sich dann noch Gäste im Lokal befanden, aus den im Akt einliegenden Anzeigen des Erhebungsdienstes des Magistrates der Landeshauptstadt Linz, Bezirksverwaltungsamt, vom 28. Februar 2015 und vom 12. Mai 2015.
Dass das Lokal in einem Einkaufszentrum untergebracht ist und dass die Betriebszeit von 6.00 Uhr bis 22.00 Uhr genehmigt ist, ergibt sich aus dem im Akt einliegenden, oben zitierten Genehmigungsbescheid.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

Gemäß § 74 Abs. 2 GewO dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,
1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder

des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragenen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs. 1 Z 4 lit. g angeführten Nutzungsrechte,
2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,
3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,
4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder
5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung aufgrund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Gemäß § 81 Abs. 1 GewO bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist. Diese Genehmigung hat auch die bereits genehmigte Anlage so weit zu umfassen, als es wegen der Änderung zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

Gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f).

Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 ist das Vorliegen einer rechtskräftig genehmigten Betriebsanlage.
Nach den Verfahrensergebnissen ist dies gegenständlich unbestritten der Fall. Das durchgeführte Beweisverfahren ergab zweifelsfrei, dass am 27. Februar 2015 das Lokal im Zeitraum von 22.20 Uhr bis 22.35 Uhr und am 8. Mai 2015 von 22.10 Uhr bis 22.20 Uhr geöffnet war und sich Gäste im Lokal befanden, die Anlage somit in Betrieb war. Eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung für einen Betrieb nach 22.00 Uhr liegt nicht vor. Für die gegenständliche gastgewerbliche Betriebsanlage besteht unbestritten eine Betriebszeit lediglich bis 22.00 Uhr.

Es ist davon auszugehen, dass es sich bei diesem Betrieb der Betriebsanlage außerhalb der Betriebszeiten um eine Änderung der Betriebsanlage handelt (VwGH 27.06.1989, 89/04/0031).

Entgegen dem Beschwerdevorbringen kommt es bei der Frage der Genehmigungspflicht einer Betriebsanlage nicht auf eine konkret und tatsächlich stattgefundene und erwiesene unzumutbare Belästigung von Nachbarn an. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, insbesondere aufbauend auf § 74 Abs. 2 GewO 1994, liegt eine genehmigungspflichtige Änderung bereits dann vor, wenn die Änderung grundsätzlich geeignet ist, die im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen; um dies zu beurteilen, genügt es in der Regel, auf das allgemeine menschliche Erfahrungsgut zurückzugreifen (VwGH 20.09.1994, 94/04/0068). Detaillierte oder allenfalls messtechnisch untermauerte Feststellungen über das konkrete Ausmaß von Lärmimmissionen sind nicht erforderlich.
Das Offenhalten des Lokals, auch wenn es Teil eines Einkaufszentrums ist, ist grundsätzlich geeignet, Nachbarn durch Emissionen wie Lärm zu belästigen. Die Beurteilung hat sich dabei nicht nur auf das Verhalten der Gäste im Lokal selbst zu beziehen, sondern sind auch die Emissionen mit einzubeziehen, die von technischen Einrichtungen des Lokals verursacht werden können, wie der Betrieb von etwa Lüftungsanlagen, die ebenfalls Teil der vorliegenden Genehmigung sind oder darüber hinaus durch die Ausfahrt der Gäste aus der Tiefgarage sowie durch das Öffnen von Fenstern oder Türen, aus denen Lärm nach draußen dringen kann. Es ist daher nicht auszuschließen, dass durch diese Emittenten Nachbarn belästigt werden können. Daher ist für die gegenständliche vorgenommene Änderung (Betreiben über die genehmigte Betriebszeit hinaus) eine Genehmigungspflicht nach § 81 GewO gegeben.

Der objektive Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung ist daher jedenfalls erfüllt.

Hinsichtlich Verschulden ist festzuhalten, dass die dem Beschuldigten angelastete Tat ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG darstellt, zu dessen Strafbarkeit, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, Fahrlässigkeit genügt. Fahrlässigkeit ist nach der zitierten Gesetzesstelle bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft machen kann, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Auch bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung genügt somit fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschwerdeführer 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 diese Glaubhaftmachung nicht aus.

Im Zusammenhang mit Ungehorsamsdelikten normiert § 5 Abs. 1 VStG eine „abgeschwächte Beweislastumkehr“ betreffend das Verschulden (das als Fahrlässigkeit „ohne weiteres anzunehmen“ ist) dahingehend, als dieses nicht von der Behörde nachzuweisen ist, sondern der Täter glaubhaft zu machen hat, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (VwGH 24.05.1989, 89/02/0017; 24.02.1993, 92/03/0011, siehe auch Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens, 5. Auflage, Seite 759).
Der Beschwerdeführer hat zu seiner Rechtfertigung vorgebracht, er habe vom Vermieter die Auskunft erhalten, er könne das Lokal entsprechend der geltenden Sperrzeiten betreiben und habe er auf diese Auskunft vertraut. Ob der Beschwerdeführer zur Absicherung Rücksprache mit der Behörde gehalten hat, wusste sein Vertreter nicht. Es ergab sich auch kein Hinweis, ob er Einsicht in den vorliegenden Genehmigungsbescheid genommen hat, in dem die genehmigte Betriebszeit angeführt ist. Es ist jedoch von einem Betreiber einer gastgewerblichen Betriebsanlage zu erwarten, dass er sich nicht mit der Auskunft seines Vermieters, insbesondere hinsichtlich der genehmigten Betriebszeit bzw. des Betriebsumfanges, zufrieden gibt, liegt es doch im Interesse des Vermieters, die Betriebsanlage entsprechend zu verwerten. Sondern muss von einem zukünftigen Mieter erwartet werden, dass er entweder Einsicht in die genehmigten Unterlagen und den Genehmigungsbescheid nimmt bzw. Rücksprache mit der zuständigen Behörde hält.
Mit seinem Vorbringen konnte daher der Beschwerdeführer nicht glaubhaft machen, dass ihn kein Verschulden an der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung trifft.

Der Beschwerdeführer hat die Verwaltungsübertretung daher auch subjektiv zu verantworten.

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

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.

§ 366 Abs. 1 Z 3 GewO stellt, wie bereits ausgeführt, ein Ungehorsamsdelikt dar, das mit dem Betreiben einer geänderten Betriebsanlage, wobei die Änderung genehmigungspflichtig ist, als erfüllt zu betrachten ist, ohne dass es hierzu des Eintritts einer Gefahr oder eines Schadens bedarf, sodass zumindest von fahrlässigem Verhalten auszugehen ist.

§ 366 Abs. 1 Z 3 GewO bezweckt den Schutz der im § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO aufgezählten Schutzgüter, zu denen auch der Schutz der Nachbarn von gewerblichen Betriebsanlagen vor von diesen ausgehenden unzumutbaren Emissionen (Lärm, Rauch etc.) zählt.

Mildernd wurde die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers gewertet, als erschwerend wurde kein Umstand gewertet. Im durchgeführten verwaltungsgerichtlichen Verfahren kamen weder Umstände hervor, die darüber hinaus als mildernd bzw. als erschwerend zu werten gewesen wären.

Bei der Strafbemessung ging die belangte Behörde von einem monatlichen Einkommen von 1.500 Euro und keinen Sorgepflichten aus. Diesem Ansatz wurde auch im durchgeführten verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht widersprochen und ist daher diese Einkommenssituation auch der vorzunehmenden Beurteilung zugrunde zu legen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kann die Behörde bei Vorliegen der kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen und die Einstellung verfügen. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies geboten ist, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

In Anlehnung an die bisherige Judikatur zu § 21 VStG (welcher der obzitierten Nachfolgebestimmung des § 45 Abs. 1 Z 4 leg. cit. gewichen ist) hat - neben der Rechtsgutqualifikation - für die Erfüllung der Voraussetzungen für die Nichtverhängung einer Strafe im konkreten Anlassfall das tatbildmäßige Verhalten des

Täters hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückzubleiben.

Ein derartig geringfügiges Verschulden, welches das Absehen von der Strafe im Grunde des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG rechtfertigen würde, liegt jedoch nicht vor. Die Schuld des Beschuldigten ist nur dann geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt. Ein solches konnte jedoch im durchgeführten Verfahren, insbesondere auch nicht vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich dargelegt oder erhoben werden.

Die Strafbemessung durch die belangte Behörde erfolgte aufgrund der anzuwendenden Maßstäbe und konnte diesbezüglich kein Ermessensmangel festgestellt werden.
Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

Gemäß § 52 Abs. 2 erster Satz VwGVG ist dieser Beitrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro, zu bemessen.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß