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

Geschäftszeichen:
LVwG-800305/9/Re/Rd

Datum:
Linz, 23. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde der Dr. E F C D-S, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M D, A, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 29. März 2018, GZ: Ge96-57-2017, wegen Übertretung der Gewebeordnung 1994 iVm dem Oö. Jugendschutzgesetz 2001 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. Dezember 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 40 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 29. März 2018, Ge96-57-2017, wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von 200 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 18 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 114 erster Satz GewO 1994 iVm § 8 Abs. 1 Oö. Jugendschutzgesetz 2001 verhängt, weil sie als gewerberechtliche Geschäftsführerin der S T GmbH mit Sitz in L, die am Standort x R-B, U, das Gewerbe: Betrieb von Tankstellen, ausübt, gemäß § 370 Abs. 1 GewO 1994 zu verantworten hat, dass im Betrieb am Standort x R-B, U, am 3. November 2017 um 14.55 Uhr einer jugendlichen Testperson, geb. 4.3.2003, welcher es als Jugendlicher bis zum vollendeten 16. Lebensjahr nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen (Oö. Jugendschutzgesetz 2001) verboten ist, alkoholische Getränke zu konsumieren, solche, nämlich eine Flasche Wodka (0,7l) der Marke „Eristoff“ (37,5 % Vol.) durch den im Betrieb beschäftigten Verkäufer, Herrn R C, abgegeben wurde, obwohl es Gewerbetreibenden untersagt ist, selbst oder durch die im Betrieb beschäftigten Personen alkoholische Getränke an Jugendliche abzugeben oder abgeben zu lassen, wenn Jugendlichen dieses Alters nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen der Genuss von Alkohol verboten ist.

2. Dagegen hat die Bestrafte fristgerecht Beschwerde eingebracht und darin die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung iSd § 45 Abs. 1 Z 4 VStG, in eventu die tat- und schuldangemessene Herabsetzung der Geldstrafe, beantragt.

Begründend wurde hiezu ausgeführt, dass sowohl beim Testkauf vom 3. November 2017 als auch beim Testkauf vom 25. Juli 2017 Ausweiskontrollen vorgenommen worden seien. Aus dem gegenständlichen Verfahren sei jedoch nicht zu entnehmen, welches Geburtsdatum in dem von der Testperson vorgelegten Ausweis angegeben sei, sodass von der Beschwerdeführerin die Vorlage des gegenständlichen Ausweises sowie die Einvernahme der Testkaufperson beantragt werde. Die Behörde sei aber keinem dieser Anträge nachgekommen bzw. seien die Beweisanträge nicht behandelt worden.
Der Umstand, dass die Behörde über die Beweisanträge der Beschwerdeführerin nicht entschieden habe, stelle einen Verfahrensmangel dar, der eine Überprüfung des angefochtenen Straferkenntnisses unmöglich mache und daher das Straferkenntnis mit Rechtswidrigkeit belaste. Darüber hinaus stelle der Ausweis der Testkaufperson jedenfalls ein zur Aufklärung des maßgebenden Sachverhalts notwendiges Beweismittel dar, zumal nur aufgrund des Ausweisinhalts festgestellt werden könne, ob die Verkaufsperson bei der Ausweiskontrolle tatsächlich einen

Fehler begangen habe. Auch im Hinblick auf die Maßgeblichkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes hätte die Einvernahme der Testkaufperson erfolgen müssen.

Dem angefochtenen Straferkenntnis ermangle zudem einer Begründung. Die Behörde gehe von einer nicht ordnungsgemäßen Ausweiskontrolle und dementsprechend davon aus, dass im kontrollierten Ausweis das Geburtsdatum der Testkaufperson mit 4. März 2003 angegeben sei. Diese Altersangabe lege die Behörde dem festgestellten Sachverhalt zugrunde, ohne zu begründen, aus welchen Erwägungen die Behörde zu diesem Ergebnis gelangt sei. Insbesondere im Hinblick auf den Einwand der Beschwerdeführerin vom 13. Februar 2018, wonach trotz Ausweiskontrolle die gewünschten Waren verabreicht worden seien und daher davon auszugehen sei, dass der kontrollierte Ausweis tatsächlich die zum Erwerb von Alkohol berechtigten Altersangaben aufweise, hätte die belangte Behörde zumindest begründen müssen, warum dem Einwand der Beschwerdeführerin nicht gefolgt worden sei, sie von der Altersangabe 4. März 2003 ausgehe und in weiterer Folge eine nicht ordnungsgemäße Ausweiskontrolle annehme.

Des Weiteren liege eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes vor, da die Behörde ihrer Entscheidung ausschließlich das von der Begleitperson der Testkaufperson ausgefüllte Formular „Formular Testkäufe Jugendschutz“ zugrunde gelegt habe ohne weitere Beweisquellen heranzuziehen. Es wäre jedenfalls geboten gewesen, anstelle des mittelbarsten Beweismittels, nämlich eines Formulars, das noch dazu von einer dritten Person ausgefüllt wurde, die keine eigenen Wahrnehmungen zum darin beschriebenen Sachverhalt gehabt habe, die Testkaufperson selbst, als unmittelbarstes Beweismittel zu befragen, wie dies von der Beschwerdeführerin beantragt worden sei. Dies sei von der belangten Behörde unterlassen worden, weshalb ein Verfahrensfehler vorliegen würde.

Zum Verschulden der Beschwerdeführerin wird ausgeführt, von der belangten Behörde werde vorgehalten, dass die Beschwerdeführerin kein wirksames Informations- und Kontrollsystem installiert habe, da sie keine Kontrollen in Form von Testkäufen oder in Form von Auswertungen von Aufzeichnungen der Überwachungskameras durchgeführt habe. Die belangte Behörde verkenne dabei dass den von ihr geforderten Maßnahmen zur Sicherstellung eines wirksamen Kontrollsystems von der Beschwerdeführerin gar nicht nachgekommen werden könne ohne gegen arbeits- und datenschutzrechtliche Gesetze zu verstoßen. So sei bereits die Durchführung von privaten Testkäufen durch Jugendliche ungesetzlich. Zudem sei auch die Videoüberwachung zum Zweck der Mitarbeiterkontrolle an Arbeitsstätten gesetzlich untersagt.
Selbst wenn die von der Behörde geforderten Maßnahmen zulässig seien, werde die Rechtslage auch insofern verkannt, als ein wirksames Informations- und Kontrollsystem jedenfalls nicht ausschließlich durch die Installierung von privaten Testkäufen und der Auswertung von Videoaufzeichnungen abhängen könne.

Vielmehr liege ein wirksames Kontrollsystem dann vor, wenn Maßnahmen getroffen würden, die im Ergebnis mit gutem Grund erwarten lassen, dass die Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften gewährleistet ist (VwGH 20.2.2017, Ra 2017/02/0022 mwN). Ein solches wirksames Kontrollsystem iZm der Weitergabe von Alkohol an Jugendliche (unter 16- bzw. 18jährige) sei in der Entscheidung des LVwG Wien zu VGW-001/010/10204/2015 vom 4.11.2015 angenommen worden. Dieses Kontrollsystem entspreche in seiner Wirksamkeit dem Kontrollsystem im Unternehmen der Beschwerdeführerin. Die Mitarbeiter der S T GmbH haben strikte Instruktionen in Bezug auf den Verkauf von Alkohol oder Tabak an Jugendliche (egal welchen Alters) und werden im Rahmen von laufenden Anweisungen/Schulungen entsprechend sensibilisiert.
Die Informationen beinhalten insbesondere die Beachtung von Details der (landesgesetzlichen) Jugendschutzbestimmungen, wobei vor allem auch auf die unterschiedlichen Altersgrenzen in Bezug auf gebranntem und nichtgebranntem Alkohol eingegangen werde (Ampelregelung). Zudem werde das Verkaufspersonal laufend bestärkt, dass die Einhaltung des Jugendschutzes einen hohen Stellenwert für das Unternehmen habe und die Mitarbeiter den Rückhalt der Geschäftsleitung für die notwendigen Kontrollmaßnahmen haben.
Zusätzlich sei ein weiteres Sicherheitssystem im Unternehmen, so auch am verfahrensgegenständlichen Standort, installiert worden. Jedes Mal dann, wenn ein Kunde Tabak oder Alkohol kaufen will und der Kassenmitarbeiter den jeweiligen Artikel in der Registrierkasse einscannt, erscheint ein blinkender entsprechender Warnhinweis betreffend Jugendschutzbestimmungen am Bildschirm der Kassa. Durch diesen Warnhinweis werde der Mitarbeiter zusätzlich auf die Jugendschutzbestimmungen iZm dem Erwerb von Alkohol und Tabak erinnert und müsse er, um die Kauftransaktion weiterführen zu können, erst aktiv im System bestätigen, dass der Käufer nach den geltenden Bestimmungen auch zum Kauf der Ware berechtigt sei.
Die Einhaltung des Kontrollsystems im Unternehmen der Beschwerdeführerin werde – soweit gesetzlich zulässig – regelmäßig und nicht bloß stichprobenartig überprüft sowie laufend erweitert.

Dass die Vorgaben im Unternehmen umgesetzt würden, zeige sich insbesondere auch darin, dass die Beschwerdeführerin oberösterreichweit noch in keinem einzigen Fall wegen Verletzung von Jugendschutzbestimmungen iZm dem Verkauf von Alkohol bzw. Tabak bestraft worden sei.
Die Beschwerdeführerin habe daher alle notwendigen und zur Verfügung stehenden Maßnahmen getroffen, die im Ergebnis mit gutem Grund erwarten lassen, dass die Einhaltung der einschlägigen Jugendschutzbestimmungen gewährleistet sei und stelle der konkrete Vorfall jedenfalls einen entschuldbaren Einzelfall dar. Der Beschwerdeführerin könne daher kein Verschulden vorgeworfen werden.

Weiters verkenne die belangte Behörde, dass der von der Beschwerdeführerin verwendete Begriff des „entschuldbaren Fehlers“ nichts anderes bedeute, als entschuldbares, weil geringes Fehlverhalten aufgrund geringfügiger Schuld. Das subjektive Tatbestandsmerkmal der Schuld sei aber dem VStG immanent und könne nicht davon gesprochen werden, dass die gegenständlichen Normen den Begriff des entschuldbaren Fehlers nicht kennen würde.
In der Beschwerde wurde ausführlich auf die Gründe der Rechtswidrigkeit wegen Außerachtlassung des § 45 VStG sowie auf die Verletzung des Willkürverbots aufgrund gehäufter Verkennung der Rechtslage hingewiesen.

Des Weiteren wird zur Strafhöhe ausgeführt, dass es die belangte Behörde – trotz Vorbringens der Beschwerdeführerin vom 13. Februar 2018 – verabsäumt habe, bei der Strafbemessung auch die gegenständlich zur Anwendung kommenden Milderungsgründe zu berücksichtigen, zumal weder strafmildernde noch erschwerende Umstände gewertet worden seien. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde kommt der Beschwerdeführerin der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zugute. Es scheinen keine einschlägigen Verwaltungsstrafvormerkungen auf. Mildernd wirke sich überdies der Umstand der Tatprovokation – wie bei Testkäufen fraglos gegeben – aus, der nach der Rechtsprechung des VwGH bei der Strafbemessung zu berücksichtigen sei (VwGH 5.3.2009, 2007/16/0064).
Zudem seien der Beschwerdeführerin eine Vielzahl weiterer Milderungsgründe zuzusprechen und auch aus diesem Grund die Strafe jedenfalls tat- und schuldangemessen herabzusetzen.
Darüber hinaus wird auf den bisherigen ordentlichen Lebenswandel der Beschwerdeführerin hingewiesen und dass die vorgeworfene Tat in auffallendem Widerspruch mit ihrem sonstigen Verhalten stehe und Umstände vorliegen würden, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommen. Die Beschwerdeführerin habe nach Kenntnis des Vorfalls weitere Maßnahmen zur Vermeidung der Verletzung von Jugendschutzbestimmungen unternommen. Überdies würde der Vorfall schon fast ein halbes Jahr zurückliegen und habe sich die Beschwerdeführerin seither wiederum wohlverhalten.
Aufgrund all dieser Milderungsgründe und insbesondere aufgrund der nur geringen Schuld und mangels eines eingetretenen Schadens sei auch die Aussprache einer Ermahnung ausreichend.

Die Beschwerdeführerin nimmt zur Ansicht der belangten Behörde, wonach der gegenständliche Testkauf als Tatprovokation nicht rechtswidrig iSd EMRK sei, in Kenntnis der Entscheidung des VwGH (Ro 2017/04/0004) Stellung: Eine (unzulässige) Tatprovokation finde dann laut EGMR statt, wenn die beteiligten Beamten sich nicht auf eine im Wesentlichen passive Ermittlung strafbarer Aktivitäten beschränken, sondern einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Tat verleitet wird, die ansonsten nicht begangen worden wäre (vgl. zitierte Urteile Furcht und Scholer).

Zur Entscheidung, ob die Ermittlungen „im Wesentlichen passiv“ waren, stellt der EGMR auf die Gründe für die verdeckte Ermittlung und das Verhalten der beteiligten Stellen ab, insbesondere auch, ob objektive Verdachtsmomente dafür bestanden, dass der potentielle Käufer/Verkäufer an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder der Begehung einer Straftat zugeneigt war (idS Scholer gegen Deutschland).
Der EGMR stelle also zunächst darauf ab, ob die betreffende Person derart beeinflusst werde, dass sie zur Begehung einer strafbaren Tat verleitet werde. In dem der EGMR-Beschwerde zugrundeliegenden Fall Scholer gegen Deutschland wurde die (anschließend beschwerdeführende) Person derart von einem (Test-)Drogenverkäufer beeinflusst, dass sie sich im Wissen um die Strafbarkeit zum Kauf von Drogen verleiten ließ; der Drogenkäufer weiß aber (als aktives Element), dass der Erwerb von Drogen verboten ist!
Auch die Rechtsprechung des OGH zur zulässigen Tatprovokation betreffe durchwegs Fälle, in denen die (zu Recht) zur Tat provozierten Täter die Strafbarkeit ihrer Tat in Kauf nehmen und sich damit abfinden (so auch in der von der belangten Behörde zitierten Entscheidung des OGH 13 Os 73/08x oder etwa =GH 11 Os 9/17h uva).
Sowohl der vom Verwaltungsgerichtshof zitierte Fall des EGMR und die ebenfalls zitierte Rechtsprechung des OGH stellen demnach auf ein aktives Element der provozierten Person (iSd bewussten Strafbarkeit) gegenüber einem bloß passiven Verhalten der verdeckten Ermittler ab.

Diese Fälle seien aber jedenfalls nicht mit einem Testkauf durch einen Jugendlichen iSd § 6 Oö. Jugendschutzgesetz zu vergleichen. Den verkaufenden Personen sei nämlich nicht (und auch nicht unterschwellig) bewusst, dass sie durch ihr Handeln überhaupt eine rechtswidrige, strafbare Handlung begehen, da sich die Verkaufsperson ja gerade im Alter der Testkaufperson irre. Die Verkaufsperson nehme dabei weder die Strafbarkeit ihres Verhaltens in Kauf noch finde sie sich damit ab. Das aktive und beeinflussende Handeln erfolge dabei nämlich ausschließlich durch die Testkaufperson selbst.
Testkaufpersonen bei Testkäufen iSd § 6 Oö. Jugendschutzgesetz versuchen bewusst und gezielt (nämlich mangels ausreichenden Alters aber rechtswidrig) bestimmte Produkte zu erwerben. Diese Tätigkeiten iZm dem Kaufverhalten sind somit nicht bloß „passiv“ iSd genannten Rechtsprechung.
Überdies stellt der EGMR auch darauf ab, ob objektive Verdachtsmomente für das Vorliegen einer strafbaren Handlung bestanden haben. Derartige Verdachtsmomente seien aber gegenständlich nicht zu erblicken. Die Verkaufspersonen selbst hätten ebenfalls keinerlei Verhalten gesetzt, wodurch Verdachtsmomente für das Vorliegen einer strafbaren Handlung erweckt hätten werden können. Auch aus diesem Grund liege eine unzulässige Tatprovokation vor.
Als Konsequenz aus der unzulässigen Tatprovokation sei über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe verhängt worden. Diese Bestrafung sei im Lichte des Art. 6 Abs. 1 EMRK rechtswidrig, weil sie sich auf Beweismittel stützt, die nicht im

Verwaltungsstrafverfahren hätten verwendet werden dürfen (Urteil vom 23.10.2014, appl. 54648/09 Furcht/Deutschland; siehe auch dt. BGH 10.6.2015 – 2 StR 97/14.3.). Die angesprochene Rechtsprechung des EGMR sei jedenfalls auch auf Verwaltungsstrafverfahren nach der GewO und dem Oö. Jugendschutzgesetz anwendbar; die nach diesen Gesetzen verhängten Strafen stellen „criminal charges“ iSd Art. EMRK darf (vgl. Swoboda, ZVG 2016, 304, 307).

3. Die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach als belangte Behörde hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. Dezember 2018, an welcher die Beschwerdeführerin und ihr Rechtsvertreter teilgenommen haben. Die belangte Behörde hat sich entschuldigt. Überdies wurde C H als Zeuge geladen und einvernommen. R C ist trotz ausgewiesener Ladung nicht erschienen. Des Weiteren wurde A T von der Beschwerdeführerin als Zeuge stellig gemacht und einvernommen. Ebenfalls hat Mag. D K als zuständiger Maßnahmenverantwortlicher für das Projekt Testkäufer am Institut Suchtprävention an der Verhandlung als Auskunftsperson teilgenommen.

4.1. Nachstehender Sachverhalt wurde festgestellt und der Entscheidung zugrunde gelegt:

4.1.1. Vorweg ist festzustellen, dass der Sachverhalt der der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Verwaltungsübertretung außer Streit gestellt wurde. Unbestritten geblieben ist, dass die Testperson zum Kontrollzeitpunkt Jugendlicher war. Das Geburtsdatum auf dem vorgewiesenen Ausweis wurde durch den Vertreter des Instituts Suchprävention kontrolliert, dabei handelt sich es um eine verpflichtende Maßnahme.

Die Beschwerdeführerin ist sowohl handelsrechtliche als auch gewerberechtliche Geschäftsführerin der S T GmbH mit dem Sitz in L und betreibt am Standort x R-B, U, das Gewerbe „Betrieb von Tankstellen“.

Im Tankstellenbetrieb am Standort x R-B, U, wurde am 3. November 2017 vom Institut Suchtprävention ein Testkauf zur Kontrolle der Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen in Oberösterreich durchgeführt. Dabei wurde um 14.55 Uhr einer jugendlichen Testperson, geb. 4.3.2003, eine Flasche Wodka (0,7l) der Marke „Eristoff“ (37,5 % Vol.) durch den im Betrieb beschäftigten Verkäufer, und zwar R C, abgegeben. Vor dieser Abgabe kontrollierte der Verkäufer zwar den Ausweis der Testperson, diese erhielt allerdings trotz seines Alters (unter 16 Jahren) die Flasche Wodka der Marke „Eristoff“. Im Zeitpunkt des Testkaufs hat es an der Kassa des genannten Tankstellenbetriebs keine lange Wartezeiten

gegeben. Nach Bekanntgabe des Testkaufs wurde der Verkauf rückabgewickelt, wobei der Kassenbedienstete den Umstand gelassen aufgefasst hat.

Vom Zeugen C H, Begleitperson des Testkäufers wurde der Ablauf von Testkäufen geschildert:
Der Testkauf erfolgt generell dergestalt, dass der Jugendliche allein das Geschäft bzw. die Anlage betritt und der Begleiter vom Institut für Suchtprävention später und unabhängig davon nachkommt. Der Begleiter hält sich in der Folge immer insoweit in der Nähe des Jugendlichen auf, dass ein Eingreifen jederzeit möglich ist und auch gehört werden kann, was gesprochen wird. Vom Testkäufer wird eine Flasche „Eristoff“ mit einem Alkoholgehalt von ca. 37 Vol.-% zur Kassa gebracht. Wird der Verkaufsvorgang durchgeführt, verlässt der Jugendliche in der Folge das Geschäft und wird gemeinsam mit dem Begleiter beim Auto das jeweilige Protokoll über den Testkauf ausgefüllt. Der Begleiter übernimmt die Flasche Wodka und geht wieder zur Kassa, gibt sich dem Kassenbediensteten zu erkennen und erfolgt die Mitteilung, dass es sich um einen Testkauf gehandelt hat. Im gegenständlichen Fall wurde das Protokoll vom 3. November 2017 vom Verkäufer C unterschrieben.

4.1.2. Die Hierarchie im Unternehmen der Bf stellt sich so dar, dass die Beschwerdeführerin an oberster Stelle steht und A T als Gesamtverantwortlicher der Beschwerdeführerin untersteht. Herr T ist seit 10 Jahren im Unternehmen beschäftigt und zurzeit als Retail-Leiter für die Prozesse zuständig, die letztlich auf den verschiedenen Ebenen bis zum jeweiligen Tankstellenleiter u.a. sicherstellen soll, dass kein Alkoholverkauf an Jugendliche ermöglicht wird. Herrn T unterstehen fünf Gebietsleiter, welche ebenfalls für die Einhaltung der Jugendschutzmaßnahmen verantwortlich sind. In der nächsten untergeordneten Ebene befinden sich die Gruppenleiter, welche für drei bis fünf Tankstellen zuständig sind. Den Gruppenleitern unterstehen die Tankstellenleiter, welche für die Mitarbeiter in den jeweiligen Tankstellen, so z.B. die Kassenkräfte verantwortlich sind. Leiter der gegenständlichen Tankstelle ist Herr D R.

Das im Unternehmen installierte Kontrollsystem wurde von Herrn T so geschildert, dass der von der Wirtschaftskammer ausgegebene Folder „Wir halten uns an den Jugendschutz“ (Ampelsystem) sichtbar im Arbeits- bzw. Kassenbereich aufliegt, um an die Verpflichtung nach dem Jugendschutzgesetz hinsichtlich des Verkaufs von Alkoholika zu erinnern. Die Mitarbeiter werden bei Einstellung geschult und erfolgen fortlaufende Erinnerungen. Ähnliche präventive Maßnahmen wurden auch bei Betrugsdelikten gesetzt. Die Mitarbeiter werden regelmäßig auf die Einhaltung ihrer Pflichten hingewiesen. In Anlagen mit Vorfällen erfolgt eine wöchentliche Schulung und in Anlagen ohne Probleme erfolgen quartalsmäßige Schulungen. Bei Vorfällen wird auch die Auflösung des Dienstverhältnisses angedroht. Entlassungen sind bislang nur bei Betrugsfällen erfolgt. Da bislang keine Häufung bei der Nichteinhaltung des Jugendschutzgesetzes erkennbar ist, hat es noch keine dementsprechenden Entlassungen gegeben. Aufgrund der prekären Situation

geeignetes Personal zu finden, kommt es bei auffallenden Vorschriftswidrigkeiten nicht gleich zur Entlassung, sondern erfolgen intensive Schulungen zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen. In den an den Tankstellen verwendeten Kassen wurde nach dem Vorfall vom 3. November 2017 ein Alarmsystem installiert, wobei im Fall des Verkaufs von z.B. hochprozentigem Alkohol ein Balken aufscheint, der auf das Verbot des Verkaufs an Jugendliche hinweist. Trotz dieser Sicherheitsinstallation kommt es aufgrund der schon schilderten Mitarbeitersituation vor, dass auch dieser Hinweis nicht zum gewünschten Erfolg führt. Der vorgelagerte Vorfall vom 25. Juli 2017 wurde wiederum zum Anlass genommen, neuerlich auf die Vorschriften hinzuweisen. Ebenso wurde ein Verteiler an die Gebietsleiter ausgesandt, in welchem auf die Verpflichtung nach dem Jugendschutzgesetz ausdrücklich hingewiesen wurde. Überdies ist ein Überwachungssystem in Ausarbeitung und bereits in Auftrag gegeben, das sicherstellt, dass unabhängig von allfälligen Vorfällen Schulungsprozesse in regelmäßigen Abstanden vorgenommen werden, andernfalls eine Rückmeldung an den nächsthöheren Vorgesetzten ergeht.

Im Jahr 2018 erfolgte wiederum eine Überprüfung der Anlage, in dem neuerlich versucht wurde, eine Flasche Wodka zu kaufen. Vom Verkaufspersonal wurde der Ausweis kontrolliert und wurde der Verkauf in der Folge verweigert.

4.2. Diese Feststellungen gründen sich auf die im Akt einliegenden Unterlagen, insbesondere auf die Testkaufprotokolle vom 25. Juli 2017 (dieser Vorfall wurde nicht zur Anzeige gebracht) und vom 3. November 2017 sowie auf die Aussagen der Bf und der bei der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen A T und C H, schließlich auch die Auskünfte des Herrn Mag. K als zuständigen Maßnahmenverantwortliche des Projektes „Testkäufer“ am Institut Suchtprävention. Sämtliche einvernommene Zeugen wirkten glaubwürdig und waren ihre Aussagen bzw. Ausführungen nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin erklärte die hierarchische Struktur sowie das herrschende Kontrollsystem im Unternehmen. Diese Aussagen wurden vom Zeugen T bestätigt und in Bezug auf Schulungen und Anweisungen von diesem noch detaillierter dargelegt. Hingegen wurde von der Beschwerdeführerin nicht ausreichend dargelegt bzw. nicht vollständig nachgewiesen, welche konkreten Maßnahmen gesetzt wurden, um ein individuelles Fehlverhalten des eingesetzten Verkaufspersonals in Bezug auf die Ausweiskontrolle zu verhindern. Ebenso wurde nicht – das Fehlverhalten von Mitarbeitern ausschließend – nachgewiesen, dass Kontrollen bezüglich Anordnungen gegenüber untergeordneten Mitarbeitern ausreichend durchgeführt wurden und wie sich diese in Bezug auf die jeweils bestehenden – im gegenständlichen Unternehmen mehrfach bestehenden – Hierarchieebenen gestalten. Von der Bf selbst und vom Zeugen T wurde auf die Schwierigkeit hingewiesen, geeignetes Verkaufspersonal zu finden. Dieses Bewusstsein kann jedoch die dem Kontrollsystem innewohnenden Pflichten nicht erleichtern, sondern wird diese vielmehr in konkreten Fällen sogar erschweren.

Durch den Zeugen H, Begleiter der jugendlichen Testperson, als auch durch die Auskunftsperson Mag. K wurde der generelle Ablauf eines Testkaufs geschildert und auf den konkreten Fall Bezug genommen, sodass insbesondere die Zweifel am Alter der Testperson sowie an der Gültigkeit des vorgewiesenen Ausweises ausgeräumt werden konnten.
Es konnten daher die Feststellungen als erwiesen zugrunde gelegt werden.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 114 GewO 1994 ist es Gewerbetreibenden untersagt, selbst oder durch die im Betrieb beschäftigten Personen alkoholische Getränke an Jugendliche auszuschenken oder ausschenken zu lassen, abzugeben oder abgeben zu lassen, wenn Jugendlichen dieses Alters nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen der Genuss von Alkohol verboten ist. Die Gewerbetreibenden und die im Betrieb beschäftigten Personen müssen die Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises oder einer speziellen Jugendkarte, die nach den jeweiligen landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen zum Nachweis des Alters geeignet ist, verlangen, um das Alter der Jugendlichen festzustellen. Die Gewerbetreibenden haben an einer geeigneten Stelle der Betriebsräume einen Anschlag anzubringen, auf dem deutlich auf das im ersten Satz angeführte Verbot hingewiesen wird.

Gemäß § 6 Abs. 1 Oö. Jugendschutzgesetz kann die Landesregierung Organisationen, die in der Jugendarbeit oder Suchtprävention tätig sind, beauftragen, Testkäufe durchzuführen. Dabei kann sie die zur ordnungsgemäßen Durchführung von Testkäufen erforderlichen Anordnungen treffen. Die Landesregierung und die beauftragte Organisation sind ermächtigt, die zur Wahrnehmung dieser Aufgabe erforderlichen Daten zu verarbeiten

Gemäß § 8 Abs. 1 Oö. Jugendschutzgesetz ist Jugendlichen bis zum vollendeten 16. Lebensjahr der Erwerb und der Konsum von Tabakwaren und von alkoholischen Getränken verboten. Jugendlichen ab dem vollendeten 16. Lebensjahr ist der Erwerb und der Konsum von gebrannten alkoholischen Getränken, auch in Form von Mischgetränken, verboten. Die Bestimmungen dieses Absatzes gelten auch dann, wenn alkoholische Getränke durch Absorbierung an einen pulver-, pastenförmigen oder anderen Trägerstoff gebunden werden.

Gemäß § 367a GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe von mindestens 180 Euro bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer entgegen der Bestimmung des § 114 leg.cit. Alkohol ausschenkt oder abgibt oder ausschenken oder abgeben lässt.

5.2. Unbestritten steht fest, dass im Betrieb der Beschwerdeführerin am Standort X R-R, U, am 3. November 2017 um 14.55 Uhr an eine jugendliche

Testperson, geb. 4.3.2003, welcher es als Jugendlicher bis zum vollendeten 16. Lebensjahr nach den landesrechtlichen Jugendschutzbestimmungen verboten ist, alkoholische Getränke zu konsumieren, eine Flasche Wodka (0,7 l) der Marke „Eristoff“ (37,5 Vol.-%), durch den im Betrieb beschäftigten Verkäufer R C, nach Vorlage des Ausweises, abgegeben wurde.

5.3. Zur behaupteten Unzulässigkeit des Testkaufes iSd Art. 6 EMRK wird auf § 6 Abs. 1 Oö. Jugendschutzgesetz verwiesen, welche Bestimmung ausdrücklich solche Testkäufe regelt. Damit konnte sich die belangte Behörde auf eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung bei der Verwertung des Ergebnisses des Testkaufes stützen. Des Weiteren steht Art. 6 EMRK nur dann nach der Rechtsprechung des EGMR der Tatprovokation entgegen, wenn der verdeckte Ermittler den Betroffenen zur Begehung einer Straftat anstiftet, die anderenfalls nicht begangen worden wäre (vgl. VwGH 11.5.2017, Ro 2017/04/0004). Der Testkäufer hat vorliegend lediglich das Verhalten eines gewöhnlichen Kunden an den Tag gelegt, sodass von einer rechtswidrigen Tatprovokation nicht die Rede sein kann.

5.4. Wenn die Beschwerdeführerin weiters einwendet, dass sie an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe, weil ein ausreichendes Kontrollsystem vorgelegen sei, ist dazu auszuführen, dass die der Beschwerdeführerin 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 Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Beschwerdeführerin dabei initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen oder durch Beibringung von Beweismitteln zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die Glaubhaftmachung nicht aus.

Der der Beschwerdeführerin nach § 5 Abs. 1 VStG obliegende Entlastungsnachweis kann zunächst nicht dadurch erbracht werden, dass die sie betreffende Verantwortung auf eine hierzu taugliche Person übertragen worden ist (eine Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 VStG bzw. einer dritten Person als gewerberechtlichen Geschäftsführer liegt nicht vor). Es bedarf vielmehr eines weiteren Beweises, dass auch für eine geeignete Kontrolle der mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben beauftragten Person Vorsorge getroffen worden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es für

die Darstellung eines wirksamen Kontrollsystems erforderlich, unter anderem aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen schließlich der an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehende Anordnungsbefugte vorgesehen hat, um das Funktionieren des Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten, dh, sicherzustellen, dass die auf der jeweils übergeordneten Ebene erteilten Anordnungen (Weisungen) zur Einhaltung der Vorschriften auch an die jeweils untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierarchieebene gelangen und dort auch tatsächlich befolgt werden. Es kann kein Vertrauen darauf geben, dass die eingewiesenen und laufend geschulten Arbeitnehmer die Vorschriften einhalten (vgl. VwGH 24.5.2013, 2012/02/0072, 30.9.2014, Ra 2014/02/0045, 13.4.2016, Ra 2016/02/0051).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vermögen Schulungen und Betriebsanweisungen als Vorsorge gegebenenfalls ein Kontrollsystem zu unterstützen, aber nicht zu ersetzen. Entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle der erteilten Weisungen erfolgt (vgl. VwGH 7.3.2016, Ra 2016/02/0030). Von der Beschwerdeführerin wäre konkret darzulegen gewesen, welche Maßnahmen von ihr getroffen wurden, um derartige Verstöße zu vermeiden, insbesondere wann, wie oft, auf welche Weise und von wem Kontrollen vorgenommen worden sind (vgl. VwGH 28.9.2011, 2010/04/0074 mit weiteren Verweisen auf die Erkenntnisse vom 31.5.2000, 2000/04/0090, 22.6.2011, 2009/04/0152, 29.1.2018, Ra 2017/04/0144, 6.4.2005, 2004/04/0034, 28.9.2011, 2010/04/0075, 18.2.2015, Ra 2015/04/0006).

Im Sinne dieser Judikatur reicht das Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht vollständig aus, sie von ihrem Verschulden zu befreien. Die Beschwerdeführerin konnte zwar glaubhaft darlegen, dass das Unternehmen ein allgemeines Schulungsprogramm aufweist, allerdings reichen nach der vorzitierten Judikatur solche allgemeinen Schulungen und Anweisungen nicht aus. Dem dargestellten Kontrollsystem konnten jedoch lückenlose Kontrollvorgänge, deren Inhalte und deren Häufigkeit gegenüber den Angewiesenen nicht ausreichend entnommen werden.

Es konnte daher ein Verschulden gegenüber der Beschwerdeführerin nicht zur Gänze ausgeschlossen werden.

6. Zur Strafbemessung ist auszuführen:

6.1. 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.
Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Judikatur 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 sie für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

6.2. Von der belangten Behörde wurde im angefochtenen Straferkenntnis eine Geldstrafe von 200 Euro bei einem Strafrahmen von 180 Euro bis 3.600 Euro, sohin nahezu lediglich die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt. Weiters wurden weder strafmildernde noch -erschwerende Umstände gewertet. Mangels konkreter Angaben zu den persönlichen Verhältnissen der Beschwerdeführerin hat die belangte Behörde der Strafbemessung eine Schätzung, und zwar ein monatliches Nettoeinkommen von 2.500 Euro, ein durchschnittliches Vermögen und keine Sorgepflichten, zugrunde gelegt. Dieser Schätzung wurde insofern entgegnet, als eine Sorgepflicht für zwei Kinder vorliegt.

Der gegenständlichen Verwaltungsübertretung liegt ein erheblicher Unrechtsgehalt zugrunde, dienen die Bestimmungen der GewO 1994 zur verbotenen Alkoholabgabe an Jugendliche (bzw. korrespondierend mit dem Oö. Jugendschutzgesetz) doch der Hintanhaltung von Exzessen durch den Genuss von vor allem auch hochprozentigen Alkoholgetränken durch Jugendliche. Davon ausgehend wurde das gegenständlich strafrechtlich geschützte Rechtsgut intensiv beeinträchtigt und kann eine Ermessensüberschreitung der belangten Behörde bei der Strafbemessung nicht erkannt werden. Daran vermag auch die nunmehr behauptete Sorgfaltspflicht für zwei Kinder nichts zu ändern. Das von der Beschwerdeführerin dargelegte Kontrollsystem weist, wenngleich ihr ein Bemühen um Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, z.B. mittels optischer Adaptierung der Kassa, nicht abgesprochen werden darf, durch die fehlenden Kontrollen der Mitarbeiter dennoch gravierende Mängel auf, sodass von keinem geringfügigen Verschulden gesprochen werden kann. Durch den Hinweis, wonach nicht ausreichend qualifiziertes Personal zur Verfügung steht, kann kein geringfügiges Verschulden begründet werden, ist doch die Beschwerdeführerin als Gewerbetreibende durch Setzung von zielführenden Maßnahmen gehalten, etwaige Defizite von Mitarbeitern zu beheben und somit deren individuellen Fehlleistungen entgegenzuwirken.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich konnte somit außer einer offensichtlich vorliegenden und behaupteten bisherigen Unbescholtenheit der Bf keine die Strafbemessung weiter beeinflussenden strafmildernden Umstände erkennen, die eine Herabsetzung der verhängten milden Geldstrafe rechtfertigen würde. Somit ist die verhängte Geldstrafe tat- und schuldangemessen und auch notwendig, um die Beschwerdeführerin künftighin zur Einhaltung der gewerberechtlichen bzw. jugendschutzrechtlichen Bestimmungen bezüglich des Verbots der Abgabe von alkoholischen Getränke an Jugendliche, zu bewegen.

Einer Anwendung des § 20 VStG konnte nicht nähergetreten werden, da hierfür die Voraussetzung, nämlich ein erhebliches Überwiegen der Milderungsgründe, nicht vorlag. Der Beschwerdeführerin war auch die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit nicht mehr zugute zu halten.

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

Von geringem Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 leg. cit. ist gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes generell nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 9.9.2016, Ra 2016/02/0118, mwH). Die Frage des Verschuldens kann ohne Auseinandersetzung mit der Fahrlässigkeitsvermutung des § 5 Abs. 1 VStG und einem einen Vertreter im Bereich des § 9 VStG entlastenden Kontrollsystem nicht ohne weiteres beantwortet werden (vgl. VwGH 20.6.2016, Ra 2016/02/0065). Fehlt ein funktionierendes Kontrollsystem zur Verhinderung von Übertretungen, so kann von einem geringfügigen Verschulden nicht mehr gesprochen werden (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/03/0166).
Im Hinblick auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Kontrollsystem kann, insbesondere bezüglich individueller Fehlleistungen der Mitarbeiter, gegenständlich von keinem geringfügigen Verschulden der Beschwerdeführerin ausgegangen werden.
Fehlt es an einer der in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG genannten Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahrens, kommt auch keine Ermahnung nach § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG in Frage (vgl. VwGH 20.11.2015, Ra 2015/02/0167).
II. Weil die Beschwerde keinen Erfolg hatte, war ein Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind 40 Euro, aufzuerlegen (§ 52 Abs. 1 und 2 VwGVG).

III. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder

einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reichenberger