

# TE UVS Tirol 2008/07/31 2008/22/1154-4

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.07.2008

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Franz Triendl über die Berufung des Herrn J. S., E., vd Rechtsanwalt Dr. P. R., I. gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 29.02.2008, ZI SB-43-2007 wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit §§ 24 und 51 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 3 VStG eingestellt.

## **Text**

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber zur Last gelegt wie folgt:

?Sie haben es als Gewerbeinhaber des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994, Z 2 beschränkt auf die Verabreichung von Imbissen und Konditoreiwaren sowie den Ausschank von Getränken, in der Betriebsart ?XY? im Standort E., (rechtskräftige Gewerbeanmeldung vom 04.01.2007, ZI XY) zu verantworten, dass der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 11.12.2003, ZI 111-4910/5-0 zumindest am 07.06.2007 um 03.30 Uhr

hinsichtlich des ersten Satzes des Auflagenpunktes 5 der gewerbetechnischen Auflagen nicht eingehalten wurde, da entgegen dem gewerbebehördlichen Genehmigungsbescheid die Eingangstür zur Kellerbar (welche von Ihnen gegenüber den Polizeibeamten auch als Lieferanteneingang bezeichnet wurde) zumindest am 07.06.2007 um 03.30 Uhr offengehalten wurde und obwohl für die oben angeführte Veränderung (Offenhalten der Türe) keine Betriebsanlagenänderungsgenehmigung im Sinne des § 81 Gewerbeordnung 1994 vorgelegt hat.

Durch das Offenhalten dieser Türe drang vermeidbarer Lärm (Musik) nach außen, welcher bei der Nachbarschaft zu unzumutbare Lärmbelästigungen geführt hat.

Auflagenpunkt 5 der gewerbetechnischen Auflagen lautet wie folgt:

5. Während der Betriebszeit sind die Türen (abgesehen zum Betreten oder Verlassen des Gastlokales) geschlossen zu halten.

Um dies gewährleisten zu können, sind die Türen mit einer Selbstschließeinrichtung auszustatten?.

Der Beschuldigte habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 367 Z 25 GewO 1994 begangen und wurde über ihn gemäß § 367 Z 25 GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 150 (Ersatzfreiheitsstrafe 36 Stunden) verhängt und ein anteiliger Beitrag zu der erstinstanzlichen Verfahrenskosten vorgeschrieben.

Gegen dieses Straferkenntnis hat der rechtsfreundlich vertretene Beschuldigte rechtzeitig Berufung erhoben und darin vorgebracht wie folgt:

?Anfechtungserklärung:

Das oben angeführte Straferkenntnis wird in seiner Gesamtheit angefochten. Als Berufungsgründe werden Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige Sachverhaltsfeststellung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht.

Zur Rechtzeitigkeit:

Das angeführte Straferkenntnis wurde am 11.03.2008 dem Beschuldigten zugestellt. Die Berufung erfolgt daher innerhalb der gesetzlichen Frist.

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe es als Gewerbeinhaber des Gastgewerbes gem. 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994, beschränkt auf die Verabreichung von Imbissen und Konditoreiwaren sowie den Ausschank von Getränken, in der Betriebsart ?Bar? im Standort E., (rechtskräftige Gewerbebeanmeldung 04.01.2007, ZI XY) zu verantworten, dass der Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 11.12.2003, ZI 111-4910/5-00, zumindest am 07.06.2007 um 03.30 Uhr hinsichtlich des ersten Satzes des Auflagenpunktes 5 der gewerbetechnischen Auflagen nicht eingehalten wurde, da entgegen dem gewerbebehördlichen Genehmigungsbescheid die Eingangstür zur Kellerbar (welche vom Beschuldigten gegenüber den Polizeibeamten auch als Lieferanteneingang bezeichnet wurde) zumindest am 07.06.2007 um 03.30 Uhr offen gehalten wurde und obwohl für die oben angeführte Veränderung (Offenhalten der Türe) keine Betriebsanlagenänderungsgenehmigung im Sinne des § 81 GewO 1994 vorgelegen hat.

Durch das Offenhalten dieser Türe drang vermeidbarer Lärm (Musik) nach außen, welcher bei der Nachbarschaft zu unzumutbarer Lärmbelästigung geführt hat.

Auflagenpunkt 5 der gewerbetechnischen Auflagen lautet wie folgt:

5. Während der Betriebszeiten sind die Türen (abgesehen zum Betreten oder Verlassen des Gastlokales) geschlossen zu halten. Um dies gewährleisten zu können, sind die Türen mit einer Selbstschließeinrichtung auszustatten.

Hiezu wird ausgeführt wie folgt:

1. Der Beschuldigte J. S. befand sich am 07.06.2007 in stationärer Behandlung im Bezirkskrankenhaus St. J. Er hatte sich dort einem operativen Eingriff zu unterziehen.

Beweis: amtswegige Einholung der Aufenthaltsbestätigung des Bezirkskrankenhauses St. Johann, PV

2. Der Anzeige des Insp. R. G. vom 11.06.2007 ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte J. S. gegenüber den Beamten angegeben habe, er habe nicht gewusst, dass die Eingangstüre (Lieferanteneingang), offen sei. Hiezu gibt der Beschuldigte an, dass er, wie oben, dargestellt, stationär im Krankenhaus aufgenommen war und sich an einen

derartigen Anruf nicht erinnern kann. Der zuständige Beamte wird sicherlich angeben können, mit wem er dieses Telefonat geführt hat.

Beweis: Insp. R. G., pa Polizeiinspektion S. als Zeuge, wie vor

3. Die Örtlichkeit in E. stellt sich dar wie folgt: von Wörgl kommend zweigt auf der Bundesstraße nach Ellmau hinein eine Gemeindestraße ab. Kurz nach dieser Kreuzung befindet sich rechter Hand das Apparthotel XY Dieses wird seit jüngster Zeit als Gesellschaft m.b.H. geführt. Die Anzeigerin, Frau K. P., wohnt auf der gegenüberliegenden Straßenseite des Apparthotels XY Ellmau ist ein , seit Jahrzehnten angesehener , Fremdenverkehrsort, wobei natürlich mit dem Fremdenverkehr nicht nur Annehmlichkeiten verbunden sind. Es kommt auch vor, dass trotz Ermahnung der Gastwirte nach Verlassen eines Lokales, sich ruhig zu verhalten, manche Gäste sich an diese Wünsche nicht halten und Ihrer Freude über den Urlaub durch lautes Benehmen Ausdruck verleihen. Dass Frau K. P. sich bereits mehrmals über Lärmbelästigungen beschwert hat, mag sein, die Lärmbelästigungen sind jedoch nicht im Bereich des Apparthotels XY aufgetreten.

Beweis: Lokalaugenschein, wie vor

4. Die angeführte Eingangstüre zur Kellerbar, welche angeblich von Herrn S. gegenüber den Polizeibeamten auch als Lieferanteneingang bezeichnet wurde, stellt sich in der Natur völlig anders da. Es befinden sich im angeführten Bereich nämlich zwei Türen: von der Straße her gesehen die linke Türe führt über eine Treppe in einen Vorraum links abbiegend durch eine selbstschließende Pendeltüre von einem weitem Vorraum getrennt und eine weitere selbstschließende Pendeltüre in die Kellerbar. Dies bedeutet, dass drei Türen, welche in Entsprechung des Aufgabepunktes 5 der gewerbetechnischen Auflagen mit Selbstschließenrichtungen versehen sind, die Lärmemission verhindern.

Die rechte Türe ist ein Lieferanteneingang. Dieser führt in das Lager der Pizzeria. Zum Zeitpunkt der Übertretung, am 07.06.2007, war die Pizzeria an einen Herrn N. W. verpachtet. Gerade um diese Zeit herum hat Herr W. offensichtlich das Bestandsobjekt von seinen Fahrnissen geräumt und ist , unbekannt wohin , verzogen. Er hat auch keine Adresse hinterlassen. So kann es durchaus sein, dass Herr W. beim Räumen des Bestandsobjektes Pizzeria den Lieferanteneingang offen gelassen hat und ist aus diesem Musik aus der Kellerbar zu hören gewesen.

Wie der Anzeige selbst zu entnehmen ist, hat wohl die Anzeigerin, Frau K. P., angegeben, sie werde durch massiven Lärm belästigt, die Erhebungen der Sektorstreife S./K. BI G. und KI H. festgestellt haben, dass vor dem Lokal Musik aus der Bar hörbar war.

Die beiden Meldungsleger haben in Ihrer Anzeige die wohl leicht übertriebenen Angaben der Frau K. P. insofern relativiert, als von der ?massiven? Lärmbelästigung nur mehr ?hörbarer? Lärm übrig geblieben ist. Es darf noch darauf verwiesen werden, dass, wie die Mitarbeiterin der Kellerbar, Frau C. T., dem Beschuldigten erklärte, am 07.06.2007 in der Kellerbar keine Liveband gespielt hat, sondern das Radioprogramm von U 1 als Hintergrundmusik gelaufen ist.

Beweis: C. T., E., als Zeugin, wie vor

5. Der Pächter der Pizzeria, Herr N. W., hatte in seinem Pachtvertrag die ausdrückliche Auflage, den Lieferanteneingang zum Lager der Pizzeria stets geschlossen zu halten. Wenn nun diese Türe zum Lager offen stand, trifft den Beschuldigten überhaupt kein Verschulden an gegenständlicher Verwaltungsübertretung.

Beweis: wie vor

6. Bevor sich der Beschuldigte, J. S., in stationäre Behandlung ins Krankenhaus St. J. begeben hat, hat er seine langjährige Mitarbeiterin, Frau C. T., ausdrücklich angewiesen, dass Sie während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit dafür zu sorgen habe, dass insbesondere die Jugendschutzbestimmungen, aber natürlich auch die gewerberechtlichen Bestimmungen eingehalten werden müssen. Für Frau T. war diese Übernahme einer Verantwortung nichts Neues. Herr S. hatte sich im Laufe der letzten Jahre auch urlaubsbedingt mehrmals von E. entfernt und hatte Frau T. während seiner Abwesenheit die Ihr übertragenen Agenden zur besten Zufriedenheit erfüllt. Selbstverständlich war Frau T. bekannt, dass die Eingangstüre zur Kellerbar stets geschlossen gehalten werden muss. Wenn man nun davon ausgeht, dass der ?hörbare? Lärm durch die Eingangstüre zur Kellerbar gedungen war, so muss ein Gast oder sonst jemand, der ein persönliches Interesse an Schwierigkeiten des J. S. mit der Behörde hat, diese Türe aufgespreizt haben. Fest steht jedenfalls, dass bei Eintreffen der Polizei keine massive Lärmbelästigung stattgefunden hat und ist eine solche auch nicht objektiviert worden.

Beweis: wie vor

7. Dem Straferkenntnis ist zu entnehmen, dass die Eingangstür zur Kellerbar oder der Lieferanteneingang zumindest am 07.06.2007 offen gehalten wurde. Dem Straferkenntnis ist nicht zu entnehmen, dass neben der vermeintlichen Übertretung vom 07.06.2007 noch weitere Übertretungen der gewerberechtlichen Bestimmungen stattgefunden haben, daher ist von , wenn überhaupt , einer einzigen Übertretung der gewerberechtlichen Bestimmungen auszugehen. Dieser Umstand wird ausdrücklich als Aktenwidrigkeit gerügt.

B. Die über den Beschuldigten J. S. verhängte Geldstrafe von Euro 150,00 zuzüglich Verfahrenskosten ist weder schuld- noch tatangemessen. Herr S. war im Zeitpunkt der Übertretung im Krankenhaus und hat durch intensive Anweisung seiner Mitarbeiterin, Frau C. T., alles notwendige getan, um insbesondere die Einhaltung der gewerberechtlichen Bestimmungen sicher zu stellen. Selbst wenn J. S. am Tage der Übertretung im Hotel anwesend gewesen wäre, ist es als unzumutbar und unverhältnismäßig zu bezeichnen, wenn der Gewerbeinhaber die ganze Nacht nur darauf achten muss, ob eine Türe geschlossen ist oder nicht, zumal diese ja mit einem Selbstschießmechanismus ausgestattet ist.

Beweis: wie vor

Ausdrücklich beantragt wird die Ladung und Einvernahme der K. P., geb xx, E., als Zeugin.

Es werden gestellt nachstehende

Anträge

1.

Einholung der angebotenen Beweise durch Ladung der beantragten Personen als Zeugen vor die erkennende Behörde.

2.

Durchführung eines Ortsaugenscheines zum Beweise dafür, dass sich im Bereich der Eingangstüre zur Kellerbar noch eine weitere Türe als Lieferanteneingang befindet, wobei zu diesem Ortsaugenschein die beiden Meldungsleger geladen werden wollen.

3.

Amtswegige Einholung der Aufenthaltsbestätigung des J. S. des Bezirkskrankenhauses St. J. betreffend den Zeitraum 07.06.2007

4.

Nach Einholung der angeführten Beweise wolle das Verfahren gegen den Beschuldigten, J. S., eingestellt werden?.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den erstinstanzlichen Akt. Weiters in die seitens der Bezirkshauptmannschaft Kufstein mit Schreiben vom 14.04.2008 übermittelten Planunterlagen sowie Fotografien dieser Betriebsanlage vom 20.05.2008. Überdies führte der Gefertigte im Zuge einer Amtshandlung in Kirchdorf auch einen Lokalausweis am 29.07.2008 durch und fertigte weitere Fotografien der Betriebsanlage an.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol hat wie folgt erwogen:

Ungeachtet des Vorbringens des Berufungswerbers war der Berufung aus folgenden Gründen Folge zu geben, der angefochtene Bescheid zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen:

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Um den Erfordernissen dieser Gesetzesstelle zu entsprechen, hat der Spruch eines Straferkenntnisses die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu beschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale möglich ist und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht.

Dem Berufungswerber wurde vorgeworfen, er habe die Eingangstüre zur Kellerbar (welche von Ihnen gegenüber den Polizeibeamten auch als Lieferanteneingang bezeichnet wurde) zumindest am 07.06.2007, 03.30 Uhr offengehalten?.

Tatsächlich, und das deutete der Beschuldigte bereits in der Berufung an und hat sich dies bei einem Lokalausweis bestätigt, bestehen offenkundig in Natura zwei Zugänge zur gegenständlichen Kellerbar im Objekt in E. Ein Zugang befindet sich unmittelbar neben dem Büro XY?, ein anderer in einem Zubau aus Holz neben dem Restaurant XY?. Über beiden Zugängen befinden sich entsprechende Werbeeinrichtungen und Hinweise (zB auf die Öffnungszeiten P. K. ab 20.00 Uhr geöffnet?) auf die Betriebsanlage.

Auch die seitens der Bezirkshauptmannschaft Kufstein übermittelten Planunterlagen bringen keine Klarheit. Dabei handelt es sich offenkundig um Baupläne (der Genehmigungsvermerk stammt vom Bürgermeister der Gemeinde Ellmau in einem Bauanzeigeverfahren) und ist nicht nachvollziehbar, ob diese Pläne einer gewerberechtlichen Genehmigung zugrunde gelegt wurden. Ausgehend von diesen Plänen zeigt sich, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, die Betriebsanlage von zwei Außentüren, die jedoch in weiterer Folge über mehrere Türen in verschiedene Räumlichkeiten (auch der gegenständlichen Betriebsanlage) führen, zu betreten.

Im Genehmigungsbescheid vom 11.12.2003, Zl. III-4910/5-00 ist davon die Rede, dass derzeit an der Ostseite ein Zugang mit einer Durchgangslichte von 1,00 m besteht. An der Westseite besteht ein Ausgang mit einer Durchgangslichte von 1,30 m. Dieser Ausgang führt auf eine Rampe mit einer Steigung von 17,5 Prozent. Zusätzlich soll der Hauptein- bzw -ausgang an die Westseite verlegt werden?.

Aus Sicht der Berufungsbehörde wäre es in der gegenständlichen Fallkonstellation erforderlich gewesen, exakt zu beschreiben, welche der beiden grundsätzlich möglichen Eingangstüren nun tatsächlich offen gehalten wurde. Dies

schon deshalb, um dem Beschuldigte entsprechende Verteidigungsmöglichkeiten einzuräumen. Auch erscheint die Bezeichnung ?Lieferanteneingang? nicht nachvollziehbar, ist doch davon weder in der Betriebsanlagengenehmigung die Rede noch ist ein solcher in Natura erkennbar.

Nach § 32 Abs 2 VStG ist eine Verfolgungshandlung jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigter gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Auftrag zur Ausforschung, Strafverfügung, etc), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat. Um den Eintritt der Verfolgungsverjährung auszuschließen, muss die Verfolgungshandlung , hier binnen 6 Monaten , wegen eines bestimmten Sachverhaltes erfolgen und sich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf alle die Tat betreffenden Sachverhaltselemente beziehen. Nur dann unterbricht eine Verfolgungshandlung die Verjährung.

Eine Verfolgungshandlung muss, damit sie den Eintritt der Verfolgungsverjährung ausschließt, ua wegen eines bestimmten (strafbaren) Sachverhaltes erfolgen. Dies erfordert, dass sie sich auf alle die Tat betreffenden Sachverhaltselemente zu beziehen hat. Die Berichtigung oder Ergänzung eines Tatbestandsmerkmals durch die Berufungsbehörde setzt voraus, dass innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist eine entsprechende Verfolgungshandlung hinsichtlich dieses Merkmales erfolgt ist. Innerhalb der 6-monatigen Verfolgungsverjährungsfrist wurde dem Beschuldigten jedoch, wie oben näher dargelegt, nicht konkret vorgeworfen, welche der beiden Eingangstüren offen gehalten wurde und somit kein den oben skizzierten Voraussetzungen entsprechender Tatvorwurf erhoben und war aus diesem Grunde spruchgemäß zu entscheiden.

Nur ergänzend bleibt zu bemerken, dass seitens der Berufungsbehörde eine Überarbeitung der Auflagen Punkt 5. bis 8. des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 11.12.2003, ZI III-4910/5-00 angeregt wird. Hier sollte klargestellt werden, um welche Türen es sich konkret handelt und sollten irreführende Wiederholungen vermieden werden. Abschließend sei noch grundsätzlich zur Spruchgestaltung darauf hingewiesen, dass im Falle der Nichteinhaltung einer Auflage die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt wurde (§ 44a Z 2 VStG), aus der Strafbestimmung des § 367 Z 25 GewO 1994 iVm der konkret bezeichneten Untergliederung jenes Bescheides (also zB ?Aufgabe Punkt 5. des Bescheides der?), in dem die in Rede stehende Auflage vorgeschrieben wurde (VwGH 23.05.1995, 95/04/0022 ua), besteht. Unter ?angewendeter Gesetzesbestimmung? iSd§ 44a Z 3 VStG ist die Strafsanktionsnorm zu verstehen, welche jene Strafdrohung enthält, in der die tatsächlich verhängte Strafe Deckung findet (so etwa VwGH 20.12.1994, 92/04/0276). Als Strafsanktionsnorm im Sinne des§ 44a Z 3 VStG ist für die in§ 367 Z 25 GewO 1994 angeführten Verwaltungsübertretungen sohin § 367 Einleitungssatz GewO 1994 zu zitieren, zumal § 367 Z 25 GewO 1994 lediglich die Umschreibung des Tatbildes enthält (VwGH 26.04.1994,94/04/0004).

#### **Schlagworte**

Aus, der, Sicht, der, Berufungsbehörde, wäre, es, in, der, gegenständlichen, Fallkonstellation, erforderlich, gewesen, exakt, zu, beschreiben, welche, der, beiden, grundsätzlich, möglichen, Eingangstüren, nun, tatsächlich, offen, gehalten, wurde, Dies, schon, deshalb, um, dem, Beschuldigten, entsprechende, Verteidigungsmöglichkeiten, einzuräumen, Auch, erscheint, die, Bezeichnung, ?Lieferanteneingang?, nicht, nachvollziehbar, ist, doch, davon, weder, in, der, Betriebsanlagengenehmigung, die, Rede, noch, ist, ein, solcher, in, Natura, erkennbar, Verfolgungshandlung

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.11.2008

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvv/index.html>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)