

# TE UVS Tirol 2008/04/28 2007/26/3387-5

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.04.2008

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Franz Schett über die Berufung des Herrn Dr. C. H., K., vertreten durch die H. und Partner Rechtsanwälte GmbH, XY-Allee 42, S., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 16.11.2007, ZI SB-47-2007, betreffend eine Übertretung nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) iVm §§ 24, 51, 51c und 51e Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe in der Höhe von 200,00 auf Euro 150,00, bei Uneinbringlichkeit 36 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, herabgesetzt wird.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG mit Euro 15,00 neu festgesetzt.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses werden folgende Änderungen vorgenommen:

1.

Bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) wird die Wortfolge ?die Gesundheit der Kunden der Betriebsanlage durch überlauten Musik zu gefährden sowie? gestrichen.

2.

Bei den verletzten Verwaltungsvorschriften (§ 44a Z 2 VStG) hat es statt ?§ 74 Abs 2 Z 1. und 2.? nunmehr ?§ 74 Abs 2 Z 2? zu lauten.

## Text

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 16.11.2007, ZI SB-47-2007, wurde Herrn Dr. C. H., K., nachfolgender Sachverhalt zur Last gelegt:

?Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 25.10.2000, Zahl 2.1 A-752/15, erhielten Sie die Betriebsanlagengenehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Gastgewerbebetriebes ?Bergsinn? im Standort K., XY 21, wobei in der Technischen Beschreibung unter ?Besondere Betriebseinrichtungen? hinsichtlich der Musikanlage folgendes verankert wurde: ?Im Barbereich ist eine Musikanlage vorhanden. Die Beschallung ist ausschließlich im Cafe vorgesehen, eine Beschallung der Passage ist nicht geplant. Die Musikanlage wird in Hintergrundlautstärke betrieben (laut gewerbetechnischem Auftrag von 58 dB).

Sie haben es als der Gewerbeinhaber zu verantworten, dass in Abänderung zu diesem genehmigten Bestand am 04. August 2007 um 00.00 Uhr in dem gegenständlichen Lokal Musik in derartiger Lautstärke abgespielt wurde, dass diese noch in 30 Meter Entfernung des Lokals hörbar war, dh die genehmigte Betriebsanlage durch die Überschreitung der vorgesehenen Musiklautstärke (Hintergrundmusik) geändert betrieben wurde, ohne dass für diesen geänderten Betrieb eine gewerbebehördliche Bewilligung vorgelegen ist.

Die konsenslos geänderte Betriebsweise war zumindest geeignet, die Gesundheit der Kunden der Betriebsanlage durch überlauten Musik zu gefährden sowie die Nachbarn durch Musikkärm zu belästigen?

Dadurch habe der Beschuldigte gegen § 366 Abs 1 Z 3 iVm § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 Z 1 und 2 GewO 1994 verstoßen. Über diesen wurde daher gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz leg cit eine Geldstrafe von Euro 200,00, bei Uneinbringlichkeit 48 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, verhängt. Der vom Beschuldigten zu leistende Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurde gemäß § 64 VStG mit 10 Prozent der Geldstrafe bestimmt.

Gegen dieses Bescheid hat Herr Dr. C. H., vertreten durch die H. und Partner Rechtsanwälte GmbH, XY-Allee 42, S., fristgerecht Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol erhoben und darin begründend ausgeführt wie folgt:

?Das vorangeführte Straferkenntnis wird zur Gänze angefochten und als Berufungsgründe die inhaltliche Rechtswidrigkeit des Straferkenntnisses sowie die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, bei deren Einhaltung die Behörde zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können und müssen, geltend gemacht. Im Einzelnen wird ausgeführt wie folgt:

1. In dem bekämpften Bescheid wird ausgesprochen, dass ?in Abänderung zu diesem [mit Betriebsanlagengenehmigung für die Errichtung und Betrieb des Gastgewerbebetriebes ?Bergsinn? im Standort K., XY 21, vom 25.10.2000 zu Zahl 2.1A-752/15, Anm genehmigten Bestand am 04.08.2007 um 0.00 Uhr in dem gegenständlichen Lokal Musik in derartiger Lautstärke abgespielt wurde, dass diese noch in 30 Meter Entfernung des Lokals hörbar war, dh die genehmigte Betriebsanlage durch die Überschreitung der vorgesehenen Musiklautstärke (Hintergrundmusik) geändert betrieben wurde, ohne dass für diesen geänderten Betrieb eine gewerbebehördliche Bewilligung vorgelegen ist.?

Weiters wird ausgeführt, dass dies eine konsenslos geänderte Betriebsweise gewesen sei, die zumindest geeignet gewesen sei, die Gesundheit der Kunden der Betriebsanlage durch überlauten Musik zu gefährden sowie die Nachbarn durch Musikkärm zu belästigen. Daher sei § 366 Abs 1 Z 3 iVm § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 Z 1 und 2 der Gewerbeordnung 1994 verletzt worden und wurde wegen dieser Verwaltungsübertretung eine Geldstrafe in Höhe von Euro 200,00 verhängt. Weiters wurde gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz ein Kostenbeitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von Euro 20,00 vorgeschrieben.

Die Behörde begründet das gegenständliche Straferkenntnis im Wesentlichen damit, dass sich der im Spruch genannte Tatbestand aus der Anzeige der Polizeiinspektion Kitzbühel vom 14.08.2007, A1/14848/01/07 ergebe.

Die Behörde nimmt aufgrund der Wahrnehmung der erhebenden Polizeibeamten an, dass die Musikanlage wesentlich lauter als ursprünglich genehmigt betrieben wurde. In dem bekämpften Bescheid wird dabei zwar festgehalten, dass die genehmigte Lautstärke einer Hintergrundlautstärke von 58 db entspricht, in weiterer Folge unterlässt es die Behörde jedoch, genaue Angaben zur angeblich höheren Lautstärke und zum angeblichen Tatzeitpunkt bzw -raum zu machen. Da im Straferkenntnis keine diesbezüglichen Angaben enthalten sind, ist davon auszugehen, dass weder eine genaue Messung der Lautstärke noch eine Nachschau im Lokal, also der Betriebsanlage selbst, gehalten wurde. Die

dienstliche Wahrnehmung stellt jedoch lediglich ein Indiz, aber keinen hinreichenden Beweis für den vorgeworfenen geänderten Betrieb der Betriebsanlage dar. Im konkreten Fall ist die Behörde den Angaben der Beamten alleine aufgrund ihrer Stellung gefolgt und hat keine eigenen Ermittlungen geführt. In weiterer Folge hätte die Behörde feststellen müssen, ob und in welchen Ausmaß tatsächlich die Musikanlage zum angeblichen Tatzeitpunkt bzw -raum betrieben wurde. Es ist sohin nicht einmal der objektive Tatbestand von der Behörde bewiesen worden, weswegen der Behörde ein wesentlicher Verfahrensfehler unterlaufen ist, weil die Behörde bei einem ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahren zu dem Ergebnis hätte kommen können, dass eine Änderung bzw ein geänderter Betrieb der genehmigten Betriebsanlage nicht vorgelegen hat.

2. In dem bekämpften Bescheid wird ausgeführt, dass gemäß § 366 Abs 1 der Gewerbeordnung 1994 eine Verwaltungsübertretung mit Geldstrafe bis zu Euro 3.600,00 zu bestrafen ist, wer nach Z 3 der angeführten Norm eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt.

Weiters wurde ausgesprochen, dass gemäß § 19 VStG als Grundlage für die Bemessung der Strafe das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafandrohung dient, und der Umstand inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, heranzuziehen seien. Des Weiteren seien Erschwerungs- und Milderungsgründe, das Ausmaß des Verschuldens sowie die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen.

Die Behörde sprach aus, dass der Unrechtsgehalt der Tat erheblich sei, da eine Beeinträchtigung der in § 74 Gewerbeordnung normierten, als schutzwürdig erkannten Interessen und Rechte möglich war. Als Verschuldensgrad wurde Fahrlässigkeit angenommen.

Bei der Bemessung der Strafhöhe von Euro 200,00 hat die belangte Behörde die in dem bekämpften Bescheid angeführten Strafbemessungsgründe zwar angeführt, diese jedoch nicht beachtet.

Nach dem Spruch sowie aus dem übrigen Inhalt des Bescheides geht nicht hervor, wie lange die Verwaltungsübertretung gedauert haben soll, sondern lediglich, dass um 00.00 Uhr nach Wahrnehmung erhebender Polizeibeamter Musik hörbar war, wobei zur Lautstärke lediglich angegeben wird, dass diese eben noch in 30m Entfernung des Lokals hörbar gewesen sei.

Abgesehen davon, dass nicht einmal ausgeführt wird, ob tatsächlich eine Schädigung oder Gefährdung stattgefunden hat, hat die Behörde es unterlassen zu begründen, warum eine Beeinträchtigung allenfalls schutzwürdiger Interessen möglich gewesen sein soll.

Aus der Begründung des bekämpften Bescheides geht dies jedenfalls nicht schlüssig hervor. Wenn ausgeführt wird, dass die Musikanlage in einer Weise betrieben wurde, dass die Lautstärke noch in 30 Meter Entfernung des Lokals hörbar war? dann reicht dies nicht aus, um mit der Bestimmtheit, die für ein Straferkenntnis notwendig ist, feststellen zu können, dass tatsächlich eine Beeinträchtigung möglich war. Sollte tatsächlich eine Beeinträchtigung möglich gewesen sein, was ausdrücklich bestritten wird, so hätte die Behörde begründen müssen, warum dies der Fall gewesen sein soll. Da es die Behörde unterlassen hat einen Tatzeitraum in dem bekämpften Bescheid anzuführen ist unklar auf welche Weise und in welchem Zeitraum eine Beeinträchtigung hätte stattfinden können. Das Abspielen von Musik ist jedenfalls nur dann geeignet fremde Interessen zu beeinträchtigen, wenn dies über einen längeren, als eine Minute dauernden Zeitraum geschieht und auch nur dann, wenn aufgrund der baulichen Umstände bzw der Beschaffenheit des Lokals sowie dessen Umgebung eine Beeinträchtigung objektiv möglich ist. Die Behörde hat aber weder die tatsächliche Lautstärke (in db) und damit den vorgeworfenen geänderten Betrieb der genehmigten Betriebsanlage festgestellt noch den Zeitraum über welchen der geänderte Betrieb stattgefunden haben soll.

Sofern überhaupt ein geänderter Betrieb stattgefunden haben sollte, wäre bei einer kurzen Dauer wohl nur von einer geringen Möglichkeit der Gefährdung auszugehen, im Falle eines größeren Zeitraumes von einer entsprechend größeren Möglichkeit zur Gefährdung. Dabei wäre auch jeweils die genaue Lautstärke zu beachten gewesen. Bei nur kurzer Dauer und geringer Überschreitung der genehmigten Lautstärke von 58 db kann wohl nicht von einer Möglichkeit zur Gefährdung ausgegangen werden. Die Behörde ist daher ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen, weswegen das bekämpfte Straferkenntnis an Rechtswidrigkeit seines Inhalts leidet.

3. Da demnach auch bereits die Grundlagen für die Bemessung der Strafe nicht angeführt und festgestellt wurden, konnte auch eine hinreichende Strafzumessung nicht erfolgen. Die Behörde hat es unterlassen, festzustellen, ob nachteilige Folgen im Sinne des § 19 VStG entstanden sind bzw in welchem Ausmaß eine Schädigung oder Gefährdung überhaupt möglich war. Dies im Hinblick darauf, dass nicht festgestellt bzw ausgesprochen wurde, wie lange in welchem Zeitraum und in welcher tatsächlichen Intensität (Geräuschpegelmessung) die Musikanlage tatsächlich entgegen der erteilten Betriebsanlagengenehmigung betrieben worden sein soll.

Diese Umstände wären auch bei der Strafzumessung erheblich gewesen, da der Unrechtsgehalt verschieden ist, wenn die Gefährdung über einen längeren Zeitraum ermöglicht wird. Zudem geht aus dem bekämpften Bescheid nicht hervor, ob die Beamten die Mitarbeiter bzw Angestellten des Beschuldigten aufgefordert wurden, die Laustärke allenfalls zu reduzieren.

Wenn die Behörde weiters ausführt, dass der Unrechtsgehalt der Tat erheblich sei, so steht dies im Widerspruch zu dem angenommenen Verschuldensgrad der Fahrlässigkeit. Da die Behörde selbst Fahrlässigkeit als Maß des Verschuldens angenommen hat, hat sich auch die festgesetzte Strafe nach dieser zu bemessen. In diesem Falle wurde der minderste Grad des Verschuldens von der Behörde angenommen, weswegen auch die festgesetzte Strafe unter Berücksichtigung der übrigen Umstände im untersten Bereich von jedenfalls nicht über Euro 72,00 zu bemessen gewesen wäre.?

Der Berufungswerber hat daher die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. In eventu hat er die Herabsetzung der verhängten Geldstrafe begehrt.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

A) Sachverhalt:

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Strafakt und in den Betriebsanlagengenehmigungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 25.10.2000, Zi 2.1 A-752/15. Weiters wurden die Zeugen RI M. G., Insp. H. A. und J. C. in den öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlungen am 10.01.2008 und am 15.02.2008 einvernommen. Ebenfalls eingesehen wurden die vom Rechtsvertreter des Berufungswerbers im Verfahren vorgelegten Unterlagen, und zwar die schalltechnischen Gutachten des Ing. C. L. vom 15.12.2000 und des Ing. H. M. vom 02.11.2007, die Verhandlungsschrift der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 19.12.2007 und der Änderungsgenehmigungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 09.01.2008, Zi 2.1 A-752/46, samt Berufungserkenntnis des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 04.02.2008, Zi uvs-2008/25/0281-1.

Sachverhaltsfeststellungen:

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 25.10.2000, Zi 2.1 A-752/15, wurde gemäß § 359b Abs 1 Gewerbeordnung 1994 festgestellt, dass der im Befund und in den Projektsunterlagen beschriebene und dargestellte

Gastgewerbebetrieb ?Cafe Bergsinn? im Standort XY 21, K., den Bestimmung des § 359b Abs 1 Z 2 leg cit entspricht. Zum Schutz der von der Gewerbebehörde wahrzunehmenden Interessen wurden außerdem diverse Aufträge erteilt.

Aus dem im Spruch bezogenen Befund des Bescheides ergibt sich, dass im betreffenden Gastgewerbebetrieb eine Musikanlage betrieben wird, wobei die Musikanlage, die ausschließlich zur Beschallung im Cafe und nicht zur Beschallung der Passage vorgesehen ist, nur mit Hintergrundlautstärke betrieben werden soll. Auch in den im Spruch gleichfalls bezogenen Projektsunterlagen heißt es, dass die Musikanlage während des Cafebetriebes ?als Hintergrundmusik betrieben? wird.

Am 04.08.2007, um 00.00 Uhr, wurde die Musikanlage in einer solchen Lautstärke betrieben, dass die Musik vom Meldungsleger Insp. H. A. bei geöffneten Türen des Cafes noch in einer Entfernung von ca 30 Metern vom Gastgewerbebetrieb wahrgenommen werden konnte. Im Inneren des Cafes, in welchem sich auch Gäste aufgehalten haben, war die Musik die vorherrschende Geräuschquelle. Eine ungestörte Unterhaltung der Gäste in normaler Lautstärke war aufgrund der Musikdarbietung nicht möglich.

Über Aufforderung des Meldungslegers, die Musik leiser zu stellen, hat der im Lokal anwesende Herr J. C. die Lautstärke zunächst nur geringfügig reduziert. Er hat auch erklärt, dass ein gewerberechtliches Verfahren wegen Änderung der Betriebsart in Bar anhängig und er deshalb berechtigt sei, lautere Musik darzubieten. Nach Hinweis des Meldungslegers, dass derzeit eine solche Berechtigung jedenfalls nicht bestehe und dass beim Verharren im strafbaren Verhalten die Anlage auch beschlagnahmt werden könne, hat Herr J. C. die Musik leiser gedreht.

Beim Betreiber des betreffenden Gastgewerbebetriebes hat es sich bereits im Tatzeitpunkt um Herrn Dr. C. H., geb am XY, wohnhaft in XY-Gasse 15, K., gehandelt.

#### Beweiswürdigung:

Die Feststellungen bezüglich der für den betreffenden Gastgewerbebetrieb erteilten gewerberechtlichen Bewilligung konnten durch Einsichtnahme in den Bezug habenden Betriebsanlagengenehmigungsbescheid samt Projektsunterlagen getroffen werden.

Die übrigen Feststellungen ergeben sich insbesondere aufgrund der Angaben des Zeugen Insp. H. A. Der Zeuge hat das damalige Geschehen schlüssig und detailgenau beschrieben. An der Richtigkeit seiner Angaben haben sich für die Berufungsbehörde daher keine Zweifel ergeben. Insbesondere ist dem Meldungsleger auch zuzutrauen, dass er nach Betreten des Lokals richtig feststellen konnte, ob die Musikdarbietung oder das Gespräch der im Lokal aufhältigen Gäste die vorherrschende Geräuschquelle dargestellt hat.

Aufgrund der Aussage des Zeugen J. C. steht fest, dass aufgrund der Lautstärke der Musikdarbietung ein ungestörtes Gespräch in normaler Lautstärke nicht mehr möglich war.

Unstrittig ist, dass im vorgenannten Zeitpunkt Herr Dr. C. H. Betreiber des Cafes ?Bergsinn? war.

#### B) Rechtsgrundlagen:

Im gegenständlichen Fall sind die nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen von Relevanz:

?1. Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr 194/1994, in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 33/2007:

#### § 74

(1) Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

(2) Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen 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 mittägigen Familienangehörigen, 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,

....

## § 81

(1) Wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist, bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen. 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.

....

## 366

(1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu Euro 3.600,00 zu bestrafen ist, begeht, wer ?.

3. eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f); ?.

2. Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl Nr 52/1991, in der Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 117/2002:

## Schuld

### § 5

(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zu widerhandeln 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 macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zu widergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

## Strafbemessung

### § 19

(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist stets 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.

(2) 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.?

C) Rechtliche Beurteilung:

Schuldspruch:

Zunächst war zu beurteilen, ob der betreffende Gastgewerbebetrieb am 04.08.2007, um 00.00 Uhr, tatsächlich abweichend von der erteilten gewerbebehördlichen Genehmigung betrieben worden ist.

Wie sich aus § 74 Abs 2 GewO 1994 ergibt, handelt es sich bei der gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung um eine Errichtung- und Betriebsbewilligung. Es werden also einerseits Bauführungen (Errichtungsmaßnahmen) und andererseits der Betrieb der (errichteten) Anlage konsentiert. Welche Errichtungsmaßnahmen konkret genehmigt sind und in welcher Art und Weise die Anlage betrieben werden darf, ist dem Genehmigungsbescheid zu entnehmen.

Feststeht, dass im Tatzeitpunkt im betreffenden Cafe nur Hintergrundmusik dargeboten werden durfte. Dies ergibt sich aus den dem Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 25.10.2000, Zl 2.1 A-752/15, zugrunde liegenden Projektsunterlagen und aus dem im Spruch des Bescheides zur Umschreibung des erteilten Konsenses ebenfalls bezogenen Befund.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht für die Berufungsbehörde aber außer Zweifel, dass die im Tatzeitpunkt dargebotene Musik lauter war als durch den Bescheid konsentiert. Bei der Auslegung des Begriffes ?Hintergrundmusik? ist auf die allgemeinen Regelwerke abzustellen. Wie sich nun aus der ÖNORM S 5012 ergibt, zeichnet sich Hintergrundmusik insbesondere durch Unauffälligkeit bzw durch das Verbleiben im Hintergrund aus. Sie ist nicht dazu bestimmt, bewusst wahrgenommen zu werden und soll der energieäquivalente Dauerschallpegel 5 dB oder mehr unter dem zu erwartenden Dauerschallpegel des durch die Gäste verursachten Geräusches liegen. Hintergrundmusik liegt sohin nur dann vor, wenn ein ungestörtes Gespräch in normaler Lautstärke möglich ist und die Unterhaltung der Gäste die vorherrschende Geräuschquelle bildet. Wie aber sowohl der Meldungsleger als auch der Zeuge J. C. angegeben haben, wurde die Musik im Tatzeitpunkt mit größerer Lautstärke dargeboten. Der Meldungsleger hat glaubwürdig angegeben, dass die maßgebliche Lärmquelle die dargebotene Musik war. Der Zeuge C. hat ausgesagt, dass ein ungestörtes Gespräch der im Cafe aufhältigen Gäste in normaler Lautstärke nicht mehr möglich gewesen wäre. Aufgrund dieser Aussagen konnte nach Ansicht der Berufungsbehörde ein konsenswidriger Betrieb festgestellt werden. Lärmessungen zur Bestimmungen der Dezibelzahl waren entgegen der Auffassung des Berufungswerbers für diese Beurteilung nicht erforderlich.

Es war daher weiters zu klären, ob dieser geänderte Betrieb des Cafes genehmigungspflichtig war. Nach§ 81 Abs 1 GewO 1994 bedarf eine Änderung der Betriebsanlage dann einer Genehmigung, wenn sie geeignet ist, die in § 74 Abs 2 leg cit umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen (vgl VwGH 23.10.1995, Zl 94/04/0080 ua). Diese Genehmigungspflicht ist dabei bereits dann gegeben, wenn die Änderung grundsätzlich geeignet ist, die bezeichneten Beeinträchtigungen hervorzurufen. Es genügt also schon die bloße Möglichkeit einer Beeinträchtigung der im § 74 Abs 2 umschriebenen Interessen (vgl VwGH 24.04.1990, Zl 89/04/0194 ua). Darauf, ob die erwähnten Gefährdungen, Belästigungen etc mit der als Änderung anzusehenden Maßnahme tatsächlich verbunden sind, kommt es bei der Beurteilung der Genehmigungspflicht hingegen nicht an (vgl VwGH 23.01.2002, Zl 2000/04/0203). Um beurteilen zu können, ob eine Änderung zu Beeinträchtigungen der gewerberechtlichen Schutzinteressen führen kann, genügt es dabei in der Regel, auf das allgemeine menschliche Erfahrungsgut zurückzugreifen (vgl VwGH 20.09.1994, Zl 94/04/0068). Im gegenständlichen Fall kann nun aber nach Ansicht der Berufungsbehörde kein Zweifel daran bestehen, dass der Betrieb der Musikanlage in größere Lautstärke als Hintergrundmusik zumindest potentiell geeignet war, eine Belästigung der Nachbarn durch Lärm herbeizuführen, zumal sich die Betriebsanlage im dicht verbauten Gebiet befindet und im Nahbereich der Betriebsanlage Wohnnutzungen stattfinden (zB im Gebäude XY 23, K., und auch im Betriebsgebäude selbst, in welchem sich laut Angabe des Zeugen C. zwei Penthouse-Wohnungen befinden, wobei es für die Frage der Bewilligungspflicht keine Rolle spielt, ob, wie vom Zeugen J. C. angegeben, mit den Eigentümern dieser Penthouse-Wohnungen eine Übereinkunft für den Fall zu lauter Musikdarbietung getroffen worden ist, weil auf den gewerberechtlichen Nachbarschutz nicht verzichtet werden kann). Schon dieser Umstand, nämlich die potentielle Möglichkeit einer Belästigung der Nachbarn durch Lärm, hat aber entsprechend den

vorstehenden Ausführungen die Genehmigungspflicht für den verfahrensgegenständlichen, geänderten Betrieb begründet. Der Einwand, dass ein allenfalls vom Bescheid abweichender Betrieb der Musikanlage nur für eine sehr kurze Zeit erwiesen sei und daher auch aus diesem Grund eine Genehmigungspflicht nicht angenommen werden könne, vermag nicht zu überzeugen. Der Betrieb einer Musikanlage um Mitternacht, sohin zu einer Zeit mit besonderem Ruhebedürfnis, kann auch dann, wenn er nur kurz andauert, jedenfalls potentiell zu einer Belästigung der Nachbarn führen. Nicht feststellbar war hingegen, dass der konsenswidrige Betrieb der Musikanlage auch zu einer Gesundheitsgefährdung für die im Cafe aufhältigen Gäste führen konnte. Für den Betrieb der Musikanlage in einer Lautstärke, dass eine solche Gefahr angenommen werden kann, haben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben.

Im Ergebnis steht für die Berufungsbehörde daher außer Zweifel, dass der Berufungswerber den objektiven Tatbestand der ihm angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht hat.

Was die innere Tatseite anlangt, ist festzuhalten, dass es sich bei dem Berufungswerber angelasteten Verwaltungsübertretung um ein sog Ungehorsamsdelikt im Sinn des § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG handelt. Bei derartigen Delikten ist dann Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. ?Glaubhaftmachung? bedeutet dabei, dass die Richtigkeit einer Tatsache wahrscheinlich gemacht wird. Der Beschuldigte hat initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Er hat also insbesondere ein geeignetes Tatsachenvorbringen zu erstatten und die Beweismittel zum Beleg desselben bekannt zu geben oder vorzulegen (vgl VwGH 24.05.1989, ZI 89/02/0017 ua).

Diese Glaubhaftmachung ist dem Berufungswerber nicht gelungen. Er hat keine Umstände vorgebracht, mit denen ein fehlendes Verschulden dargetan werden könnte. Dass er sich offenbar nicht selbst im Cafe aufgehalten hat, kann den Berufungswerber ebenfalls nicht entschuldigen. Der Berufungswerber hat als Betriebsinhaber für den konsensgemäßen Betrieb zu sorgen. Wenn er sich für die Erfüllung dieser Verpflichtung eines Angestellten bedient, hat er zumindest geeignete Vorkehrungen dafür zu treffen, dass der mit der selbständigen Wahrnehmung dieser Aufgabe betraute Bedienstete seine Pflichten auch ordnungsgemäß wahrnimmt. Er hat also ein Kontrollsyste einzurichten. Diesbezüglich hat der Berufungswerber aber kein Vorbringen erstattet.

Sohin war jedenfalls von Fahrlässigkeit auszugehen.

Das Berufungsvorbringen erweist sich als nicht zielführend. Für die Frage, ob gegenständlich eine bewilligungslose Änderung der konsentierten Betriebsweise vorgelegen hat, waren Lärmessungen bzw die Feststellung einer genauen Dezibelzahl nicht erforderlich. Die Beurteilung, ob die Musik in größerer Lautstärke als Hintergrundmusik dargeboten wurde, konnte, wie erwähnt, auch aufgrund der Zeugenaussagen des Herrn Insp. A. und des Herrn C. getroffen werden.

Ins Leere geht auch der Einwand, dass die Änderung tatsächlich zu keiner Beeinträchtigung der Nachbarn geführt habe bzw eine solche Störung nicht erwiesen sei. Eine Genehmigungspflicht ist nämlich, wie zuvor dargetan, bereits dann gegeben, wenn die potentielle Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung besteht. Dies war aber aufgrund der örtlichen Lage der Betriebsanlage und der umgebenden Nutzungen zweifelsfrei der Fall. Für diese Annahme spricht insbesondere auch der Umstand, dass es in der Vergangenheit offensichtlich mehrfach zur Anzeigen wegen Lärmbelästigung durch zu laute Musik gekommen ist. Dass in diesem Zusammenhang auch der Einwand, die Musikdarbietung in der inkriminierten Lautstärke sei vorwurfsgemäß nur für einen ganz kurzen Zeitraum erfolgt, nicht zielführend ist, wurde bereits oben dargelegt.

Die Bestrafung ist daher dem Grunde nach zu Recht erfolgt.

Strafbemessung:

Der Unrechtsgehalt der dem Berufungswerber angelasteten Verwaltungsübertretung ist nicht unerheblich, sollen doch die gewerberechtlichen Vorschriften über die Bewilligungspflicht von Betriebsanlagen insbesondere sicherstellen, dass

es aufgrund der Errichtung, des Betriebes oder der Änderung einer gewerblichen Anlage zu keiner unzulässigen Beeinträchtigung der vom Gesetzgeber als hochwertig eingestuften Rechtsgüter, wie zB des Nachbarschutzes, kommt. Diesem staatlichen Interesse hat die Berufungswerber, indem er die betreffende Betriebsanlage abweichend von der erteilten Genehmigung betrieben und damit jedenfalls potenziell eine Beeinträchtigung dieser hochrangigen Rechtsgüter herbeigeführt hat, in nicht unbeträchtlichem Maße zuwidergehandelt.

Bezüglich des Verschuldens war, wie erwähnt, von Fahrlässigkeit auszugehen. Milderungs- und Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Was die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Berufungswerbers anlangt, hat der Berufungswerber dazu keine Angaben gemacht. Es war daher insofern eine Schätzung vorzunehmen, wobei zumindest von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen ausgegangen werden konnte.

Im Zusammenhalt dieser Strafummessungskriterien ist die Berufungsbehörde zur Ansicht gelangt, dass für die dem Berufungswerber anzulastende Verwaltungsübertretung eine Geldstrafe von Euro 150,00 zu verhängen ist. Die Strafherabsetzung war deshalb vorzunehmen, weil die Annahme der Erstinstanz, die von einem derart lauten Betrieb der Musikanlage ausgegangen ist, dass die Gefahr einer Gesundheitsgefährdung für die Gäste bestanden hat, nicht bestätigt werden konnte. In der nunmehr bestimmten Höhe, womit der gesetzliche Strafrahmen zu weniger als 5 Prozent ausgeschöpft worden ist, war die Strafe aber jedenfalls geboten, um dem Unrechts- und Schuldgehalt hinreichend Rechnung zu tragen.

Es war daher eine Strafherabsetzung vorzunehmen und waren folgerichtig auch die Ersatzfreiheitsstrafe und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu bemessen.

Ebenfalls war der Schulterspruch zu modifizieren. Die Befugnis der Berufungsbehörde dazu hat sich aus dem gemäß 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren anzuwendenden § 66 Abs 4 AVG ergeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Im, gegenständlichen, Fall, kann, nun, aber, nach, Ansicht, der, Berufungsbehörde, kein, Zweifel, daran, bestehen, dass, der, Betrieb, der, Musikanlage, in, größerer, Lautstärke, als, Hintergrundmusik, zumindest, potentiell, geeignet, war, eine, Belästigung, der, Nachbarn, durch, Lärm, herbeizuführen, zumal, sich, die, Betriebsanlage, in, dicht, verbaute, Gebiet, befindet, und, im, Nahebereich, der, Betriebsanlage, Wohnnutzungen, stattfinden

#### **Zuletzt aktualisiert am**

07.11.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

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