

# TE UVS Tirol 2004/11/15 2003/26/119-5

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.11.2004

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Franz Schett über die Berufung des Herrn E. K., K., vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. M. D. und Dr. M. K., XY-Straße, I., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck vom 25.08.2003, ZI II-STR-00378e/2003, betreffend eine Übertretung nach der Gewerbeordnung 1994, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung wie folgt:

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

## Text

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck vom 25.08.2003, ZI II-STR-00378e/2003, wurde Herrn E. K., K., nachfolgender Sachverhalt zur Last gelegt:

?Für die gastgewerbliche Betriebsanlage in Innsbruck, XY-Gasse, wurde mit dem Konzessionsbescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck (als Bezirksverwaltungsbehörde) vom 12.5.1958, Zahl 1-3689/1958, Herrn J. H. eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Fremdenheim im Erdgeschoß und in den Obergeschoßen erteilt.

Des weiteren ist für die gastgewerbliche Betriebsanlage in Innsbruck, XY-Gasse, mit dem Konzessionsbescheid (Konzessionsdekret) vom 8.3.1990, Zahl 1-11260/1989, der Hotel C. GmbH eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Bar im Kellergeschoß erteilt worden.

Für die gastgewerbliche Betriebsanlage in Innsbruck, XY-Gasse, wurde (des weiteren) mit dem Konzessionsbescheid (Konzessionsdekret) des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck (als Bezirksverwaltungsbehörde) vom 20.3.1991, Zahl 1-19376/1990, der Hotel C. GmbH eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Hotel Garni im Erdgeschoß und in den Obergeschoßen erteilt.

Überdies ist für die gastgewerbliche Betriebsanlage in Innsbruck, XY-Gasse, mit dem Konzessionsbescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck (als Bezirksverwaltungsbehörde) vom 20.3.1991, Zahl 1-19377/1990,

der Hotel C. GmbH eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Restaurant im Erdgeschoß erteilt worden.

Bestandteil aller dieser zuvor angeführten Konzessionerteilungsbescheide (Konzessionsdekrete) waren - diesen beige-schlossene - Pläne, welche über den Umfang der Betriebsräume, auf welche sich diese Gastgewerbekonzessionen erstreckt haben, Aufschluss gegeben haben.

Für die in Rede stehende Betriebsanlage in Innsbruck, XY-Gasse, ist bis zum 10.6.2003 (dem Ende des verfahrensgegenständlichen Anlastungszeitraumes) niemals, und zwar weder nach den betriebsanlagenrechtlichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1895 noch nach jenen der Gewerbeordnung 1973 eine gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung mittels Bescheides erteilt worden. Es gilt daher unter Bedachtnahme auf § 376 Z 14b Gewerbeordnung, (GewO), die gastgewerbliche Betriebsanlage in Innsbruck, XY-Gasse, hinsichtlich jener Betriebsräume, welche von diesen zuvor mittels Datum und Geschäftszahl angeführten Konzessionerteilungsbescheiden (Konzessionsdekreten) erfasst sind, als nach § 74 Abs 2 GewO genehmigte Betriebsanlage.

Seitens der G. Hotel und G. GmbH wurde in der Zeit vom 12.10.2001 bis 10.6.2003 die gastgewerbliche Betriebsanlage in Innsbruck, XY-Gasse, (?Hotel C.), im Zuge der Ausübung des Gastgewerbes - es erstreckt sich die in Rede stehende Betriebsanlage auf das Kellergeschoß, das Erdgeschoß und fünf Obergeschoße des dortigen Hauses - in einer gegenüber der gemäß § 376 Z 14b GewO seit dem 1.7.1993 für die dortige Betriebsanlage, und zwar hinsichtlich der Betriebsräume bestehenden (fiktiven) Betriebsanlagengenehmigung im Sinne des § 81 Abs 1 GewO genehmigungspflichtig geänderter Art und Weise betrieben; dieses genehmigungspflichtig geänderte Betreiben der dortigen Betriebsanlage wird darin erblickt, dass (in der Zeit vom 12.10.2001 bis 10.6.2003) im Rahmen dieser dortigen Betriebsanlage eine Lüftungsanlage zur Be- und Entlüftung der dortigen Betriebsräume betrieben wurde, im Kellergeschoß in der dortigen ?Bar? und in den im ersten, zweiten, dritten und vierten Obergeschoß gelegenen Gästezimmern und Seminarräumen Musikanlagen (Anlagen zur Ausstrahlung von Musik über Lautsprecher) betrieben wurden, im Erdgeschoß eine Küche unter Einsatz eines Gasherdes, eines Elektroherdes und eines Mikrowellenherdes betrieben wurde, außerdem im Erdgeschoß eine mit Gas betriebene Waschmaschine betrieben wurde und überdies im fünften Obergeschoß eine Sauna, ein Dampfbad und ein Solarium betrieben wurden.

Das Betreiben dieser dortigen Betriebsanlage unter Einsatz der zuvor unter dem Gesichtspunkt der Änderung angeführten Geräte und Maschinen ist insofern für das Vorliegen des Genehmigungstatbestandes nach § 81 Abs 1 GewO maßgeblich, als das Betreiben der Lüftungsanlage und der Musikanlage - typischerweise - geeignet ist, Belästigungen der Nachbarn durch Lärm, das Betreiben von Herden im Rahmen einer Küche geeignet ist Belästigungen der Nachbarn durch Geruch hervorzurufen und - es sind in unmittelbarer Nähe des dortigen Gastbetriebes zum Zwecke des Bewohnens genutzte Räumlichkeiten gelegen - des weiteren wird durch das Betreiben von mit Gas betriebenen Anlagen zufolge der durch das Gas hervorgerufenen Explosions- und Brandgefahr eine Gefährdung der Gesundheit ua von Gästen und Nachbarn hervorgerufen werden können und darüberhinaus durch das Betreiben einer Sauna, eines Dampfbades und eines Solariums zufolge der dabei herrschenden hohen Temperaturen bzw der dabei verwendeten Geräte Gefährdungen der Gesundheit von Gästen bzw Kunden hervorgerufen werden können.

Das Betreiben der dortigen Betriebsanlage unter Einsatz der angeführten Geräte und Maschinen sowie mit einer Sauna, einem Dampfbad und einem Solarium war durch die auf Grund der Gesetzeslage des § 376 Z 14b GewO für die dortige Betriebsanlage bestehenden fiktiven Betriebsanlagengenehmigung nicht gedeckt.

Zufolge dieses angelasteten Sachverhaltes wurde die dortige Betriebsanlage in im Sinne des § 81 Abs 1 GewO

genehmigungspflichtig geänderter Weise betrieben. Eine im Sinne des § 81 Abs 1 GewO erforderliche Genehmigung für dieses oben beschriebene genehmigungspflichtig geänderte Betreiben der dortigen Betriebsanlage lag jedoch während des Anlastungszeitraumes nicht vor.?

Dadurch habe der Beschuldigte als für die Ausübung des Gastgewerbes bestellter verantwortlicher gewerberechtlicher Geschäftsführer (insgesamt) eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 (zweiter Fall) iVm § 81 Abs 1 sowie des weiteren iVm § 376 Z 14b und § 370 Abs 1 GewO 1994 begangen. Über diesen wurde daher gemäß § 366 Abs 1 (Einleitungssatz) leg cit eine Geldstrafe von Euro 1.500,00, Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage, verhängt. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden gemäß § 64 VStG mit 10 Prozent der verhängten Strafe, das sind Euro 150,00, bestimmt.

Dagegen hat Herr E. K., vertreten durch Dr. M. D. und Dr. M. K., Rechtsanwälte in I., fristgerecht Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol erhoben und darin ausgeführt wie folgt:

?Der Berufungswerber bekämpft die angefochtene Entscheidung ihrem gesamten Umfang nach und macht als Berufungsgründe die Mangelhaftigkeit des Verfahrens und die inhaltliche Rechtswidrigkeit geltend.

1. Die Behörde erster Instanz hat kein ausreichendes Ermittlungsverfahren geführt und den angefochtenen Bescheid nicht ausreichend begründet.

Die Behörde hat insbesondere ohne ersichtlichen Grund auf die beantragte Einvernahme des Berufungswerbers verzichtet. Hätte die Behörde diesen Beweis aufgenommen, hätte sie nachstehende Feststellungen treffen müssen:

Mit 1.7.1993 trat die Gewerberechtsnovelle 1992 in Kraft. Zu diesem Datum lagen mehrere Konzessionsbescheide vor. Anfang der 90er Jahre wurden im Bereich des fünften Obergeschosses auf Grundlage eines Baubescheides eine Sauna, ein Dampfbad und ein Solarium errichtet. Mit 1.7.2003 war das gesamte Hotel im Hinblick auf die Betriebsanlage in dem Zustand, in dem es sich auch in der Zeit von 12.10.2001 bis zum 10.6.2003 befunden hat.

Weder wurden seither an der Lüftungsanlage Änderungen durchgeführt, noch wurde die Musikanlage in den Zimmern oder die im Erdgeschoss mit Gas betriebene Waschmaschine geändert. Am 1.7.1993 hat die Musikanlage der Bar ebenfalls schon bestanden. Auch die Küche wurde nicht geändert. Ein Gasherd, ein Elektroherd und eine Mikrowelle waren damals schon vorhanden. Auch die Sauna, das Dampfbad und das Solarium sind seit damals unverändert. Seit dem 1.7.1993 haben lediglich Reparaturen und Instandhaltungsarbeiten stattgefunden, ohne dass es dabei zu einer relevanten Änderung gekommen wäre, die eine Änderung des Betriebes dargestellt hätte. Dies stellen keine Änderungen dar, für die eine Genehmigung im Sinne des § 81 GewO erforderlich ist. Durch diese Änderungen gehen keine neuen oder größeren Gefährdungen, Belästigungen von der Betriebsanlage aus. Ganz im Gegenteil wurde durch die Schaffung eines dritten Notausganges die Sicherheit der Betriebsanlage wesentlich verbessert.

Wie von der Behörde gefordert wurde die Musikanlage neuerlich vom Sachverständigen DI P. F. eingestellt. Entsprechend den örtlichen Gegebenheiten in Einklang mit den Arbeitnehmerschutzvorschriften wurde die Anlage nunmehr auf 85 dB limitiert. Es wurde freiwillig - ohne behördliche Auflage - die Musikanlage auf 80 dB beschränkt.

In diesem Objekt wurde bereits seit 30 Jahren eine Discothek betrieben. Ursprünglich war die Musikanlage noch lauter eingestellt. Die nunmehr eingehaltenen 85 dB stellen keine Gefahr für das Leben und die Gesundheit der Nachbarn dar.

Zur Wahrung der Anrainerinteressen wurde im Zugangsbereich zur Discothek bei einer Innentüre eine Selbstschließungsanlage eingebaut. Damit wird gewährleistet, dass beim Betreten und Verlassen der Discothek kein störender Lärm nach außen dringt. Auch die Lüftungsanlage besteht in dieser Form seit vielen Jahren. Die nördlichen

Nachbarn haben vor wenigen Jahren in Kenntnis der Verhältnisse ihr Gebäude aufgestockt. Diese sind daher im Sinne des § 79 Abs 2 GewO als zugezogene Nachbarn zu behandeln. Eine Abänderung der Lüftungsanlage ist nicht zum Schutz von Leben und Gesundheit der Nachbarn erforderlich.

Die übrigen in der bekämpften Entscheidung bezeichneten Gegenstände wurden bereits zu einem früheren Zeitraum von der Eigentümerin, der R. S. reg GenmbH angeschafft und ist hiefür der Beschuldigte nicht zu belangen.

Die erstinstanzlich gestellten Beweisanträge werden mangels Erledigung zu Berufungsanträgen erhoben.

Beweis: ZV eines informierten Vertreters der R. S. reg GenmbH. pA R. S. reg GenmbH.

2. Von September bis November 2000 war das gesamte Hotel seitens des Stadtmagistrates Innsbruck geschlossen. Vor Aufhebung der Schließung wurde das gesamte Hotel vom Gewerbeamt der Stadt Innsbruck auf Herz und Nieren überprüft. Auch fand im Oktober 2000 eine Selbstüberprüfung gemäß § 82b GewO statt, wobei dem Hotel seitens des Prüfers eine positive Prüfungsbescheinigung ausgestellt wurde. In weiterer Folge hat das Gewerbeamt des Stadtmagistrates Innsbruck das Hotel C. stets unter Beobachtung gehalten, ohne auch nur im geringsten solche Vorwürfe zu erheben, wie sei jetzt seitens des Strafamtes erhoben werden.

Der Beschuldigte ist am 12.10. 2001 in die G. Hotel und G. GmbH eingetreten und hat er damals auch die Stellung des gewerberechtlichen Geschäftsführers übernommen. Zu dieser Zeit war das Hotel im derzeitigen Stand in vollem Betrieb. Er stand auch regelmäßig in Kontakt mit dem Stadtmagistrat Innsbruck. Niemals wurde behauptet, dass das Hotel nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Weshalb dem Berufungswerber ein bedingter Vorsatz vorgeworfen wird ist völlig unerklärlich, da er jedenfalls davon ausgehen musste, dass alles in Ordnung sei, wovon er auch trotz dieses Bescheides nach wie vor überzeugt ist.

3. Weiters ist die Bestrafung wegen der Übertretung seit dem 12.10.2001 rechtswidrig, da jedenfalls Verfolgungsverjährung eingetreten ist.

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

Gemäß § 81 Abs 2 Z 5 GewO. ist eine Genehmigungspflicht nach Abs 1 nicht gegeben bei Ersatz von Maschinen, Geräten oder Ausstattungen durch gleichartige Maschinen, Geräte oder Ausstattungen; Maschinen, Geräte oder Ausstattungen sind gleichartig, wenn ihr Verwendungszweck dem der in der Anlage befindlichen Maschinen, Geräte oder Ausstattungen entspricht und die von ihnen zu erwartenden Auswirkungen von den Auswirkungen der in der Anlage befindlichen Maschinen, Geräte oder Ausstattungen nicht so abweichen, dass der Ersatz als genehmigungspflichtige Änderung gemäß Abs 1 zu behandeln ist, sowie gemäß Z 9 bei Änderungen, die das Emmissionsverhalten der Anlage nicht nachteilig beeinflussen. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die Erstbehörde daher feststellen müssen, dass es sich um nicht genehmigungspflichtige Änderungen handelt, und das Verfahren allenfalls unter Aussprache einer Ermahnung einstellen müssen.

5. Das angefochtene Straferkenntnis wird auch der Höhe nach bekämpft.?

Der Berufungswerber hat daher beantragt, der Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben. In eventu wurde die Aufhebung des Bescheides und die Zurückverweisung der Rechtssache an die Erstinstanz zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuerlichen Entscheidung begehrt.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

A) Rechtsgrundlagen:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr 194, in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I Nr 111/2002, lauten wie folgt:

§ 74

?

(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 mittätigen 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,

3. die Religionsausübung in Kirchen, den Unterricht in Schulen, den Betrieb von Kranken- und Kuranstalten oder die Verwendung oder den Betrieb anderer öffentlichen Interessen dienender benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,

4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

....

§ 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.

2) Eine Genehmigungspflicht nach Abs 1 ist jedenfalls in folgenden Fällen nicht gegeben:

....

5. Ersatz von Maschinen, Geräten oder Ausstattungen durch gleichartige Maschinen, Geräte oder Ausstattungen; Maschinen, Geräte oder Ausstattungen sind gleichartig, wenn ihr Verwendungszweck dem der in der Anlage befindlichen Maschinen, Geräte oder Ausstattungen entspricht und die von ihnen zu erwartenden Auswirkungen von den Auswirkungen der in der Anlage befindlichen Maschinen, Geräte oder Ausstattungen nicht so abweichen, dass der Ersatz als genehmigungspflichtige Änderung gemäß Abs 1 zu behandeln ist,

....

(3) Der Ersatz solcher gleichartiger Maschinen, Geräte oder Ausstattungen gemäß Abs 2 Z 5, wegen deren Verwendung die Anlage einer Genehmigung bedurfte, sowie Änderungen gemäß Abs 2 Z 9 sind der zur Genehmigung der Anlage zuständigen Behörde vorher anzuzeigen. Das ersetzte Gerät, die ersetzte Maschine, die ersetzte Ausstattung oder die

dem Nachweis der Gleichartigkeit dienenden Belege sind bis zur Erlassung des Bescheides gemäß § 345 Abs 8 Z 8 aufzubewahren.

#### § 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 (§ 81);

....

#### § 368

Eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu Euro 1.090,00 zu bestrafen ist, begeht, wer andere als in den §§ 366 und 367 genannte Gebote oder Verbote dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen oder der Bescheide, die auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassener Verordnungen ergangen sind, nicht einhält.

#### § 370

(1) Wurde die Bestellung eines Geschäftsführers angezeigt oder genehmigt, so sind Geldstrafen gegen den Geschäftsführer zu verhängen.

?

#### § 376

14b. (Gastgewerbe:)

Die Betriebsanlage eines Gastgewerbes, für das die Konzession gemäß den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973 in der Fassung vor dem Inkraft-Treten der Gewerberechtsnovelle 1993, BGBl Nr 29/1993, erteilt worden ist, gilt im Umfang der Betriebsräume und der Betriebsflächen, auf die die Gastgewerbekonzession gemäß dem Konzessionserteilungsbescheid lautet, als gemäß § 74 Abs 2 genehmigte Betriebsanlage. Weiters gilt auch die Betriebsstätte eines Gastgewerbes, für das eine Gast- und Schankgewerbekonzession gemäß den Bestimmungen der vor dem 1. August 1974 in Geltung gestandenen Gewerbeordnung erteilt worden ist, als gemäß § 74 Abs 2 genehmigte Betriebsanlage, und zwar entsprechend den Plänen und Betriebsbeschreibungen, die Bestandteil des Konzessionserteilungsbescheides sind.

??.

Ebenfalls beachtlich sind nachfolgende Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991, BGBl Nr 52/1991, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl Nr 117/2002:

#### § 31

(1) Die Verfolgung einer Person ist unzulässig, wenn gegen sie binnen der Verjährungsfrist von der Behörde keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs 2 und 3) vorgenommen worden ist.

(2) Die Verjährungsfrist beträgt bei den Verwaltungsübertretungen der Gefährdung, Verkürzung oder Hinterziehung von Landes- und Gemeindeabgaben ein Jahr, bei allen anderen Verwaltungsübertretungen sechs Monate. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

....

§ 32

?

(2) Verfolgungshandlung ist jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Auftrag zur Ausforschung, Strafverfügung udgl), 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.

....

§ 45

§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen.

....?

B) Sachverhalt:

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Einsicht in den erstinstanzlichen Akt genommen. Weiters wurden der Berufungswerber und die Zeugin Mag. G. G. in einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung zum Sachverhalt befragt. Die Berufungsbehörde hat zudem die Planbeilagen zum Bescheid der Gewerbebehörde vom 08.03.1990, ZI I-11.261/1989, betreffend der Erteilung der Konzession für das Gastgewerbe mit dem Berechtigungsumfang nach § 189 Abs 1 Z 1 bis 4 GewO 1973 in der Betriebsart ?Hotel?, sowie die Planunterlagen zum Konzessionsdekret vom 20.03.1991, ZI I-19.376/1990, betreffend das Gastgewerbe gemäß § 189 Abs 1 Z 1 GewO 1973 in der Betriebsart ?Hotel garni?, jeweils für den Standort XY-Gasse, I., und gerichtet an die ?Hotel C. Gesellschaft mbH und CoKG?, eingeholt. Schlussendlich wurde auch die Besichtigung der betreffenden Betriebsanlage durch einen gewerbetechnischen Amtssachverständigen veranlasst.

Im Ergebnis hat sich dabei Folgendes ergeben:

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck als Gewerbebehörde I. Instanz vom 08.03.1990, ZI I-11.261/1989, wurde der ?Hotel C. Gesellschaft mbH und CoKG? gemäß § 206 GewO 1973 eine Konzession für das Gastgewerbe mit dem Berechtigungsumfang nach § 189 Abs 1 Z 1 bis 4 GewO 1973 in der Betriebsart ?Hotel? im Standort XY-Gasse, I., erteilt. Im betreffenden Bescheid wurde auch festgelegt, dass die Betriebsräume und die sonstigen Betriebsflächen aus beiliegender, einen wesentlichen Bestandteil des Bescheides bildenden Planeskizze ersichtlich sind. In den betreffenden Planskizzen sind im Dachgeschoß ua ein Dampfbad, eine Sauna und ein Solarium ausgewiesen. Im Erdgeschoß sind als Räume ua eine Küche sowie ein Waschraum vorgesehen.

In den Planbeilagen zum Konzessionsdekret des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck als Gewerbebehörde I. Instanz vom 20.03.1991, ZI I-19.376/1990, sind im Dachgeschoß der betreffenden Betriebsanlage ebenfalls ein Dampfbad, eine Sauna und ein Solarium ausgewiesen. Im Erdgeschoß sind wiederum die Küche und ein Waschraum dargestellt. In der Planskizze für das Kellergeschoß ist ua ein Lüftungsgeräteraum ausgewiesen.

Mit weiterem Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck als Gewerbebehörde I Instanz vom 08.03.1990, ZI I-11.260/1989, wurde der ?Hotel C. Gesellschaft mbH und CoKG? die Konzession für das Gastgewerbe

mit dem Berechtigungsumfang nach § 189 Abs 1 Z 2 bis 4 GewO 1973 in der Betriebsart ?Bar? im Standort XY-Gasse, I., erteilt. In den im Bescheid gezogenen Planunterlagen ist eine ?Kellerbar? ausgewiesen. Bereits zuvor wurde außerdem der damalige Inhaber J. H. zum Betrieb des Gast- und Schankgewerbes in der Betriebsform eines ?Tanz-Cafes? (Diskothek) in den betreffenden Räumlichkeiten berechtigt. Der Genehmigungsbescheid datiert vom 23.10.1970, die Konzessionsurkunde vom 11.11.1970. In den laut erstinstanzlichem Akt der Konzessionsurkunde offenkundig begeschlossenen Planunterlagen ist ua ein als Diskothek bezeichneter Raum ausgewiesen.

Schließlich liegt im erstinstanzlichen Akt ein Konzessionsdekret vom 20.03.1991, ZI I-19.377/1990, ein, wonach die ? Hotel C. Gesellschaft mbH und CoKG? Inhaberin einer Gastgewerbeberechtigung gemäß § 189 Abs 1 Z 2-4 GewO 1973 in der Betriebsart ?Restaurant? ist. Die durch die Berufungsbehörde veranlasste Besichtigung der Betriebsanlage durch einen gewerbetechnischen Amtssachverständigen hat ergeben, dass sich die Geräte der Lüftungsanlage des in Rede stehenden Gastgewerbebetriebes nach wie vor in jenem Bereich befinden, welcher in den Planunterlagen zum Konzessionsdekret vom 20.03.1991 aufscheint. Die Lüftungsanlage ist älteren Datums. Ebenfalls hat der Amtssachverständige bestätigt, dass sich das Dampfbad, die Sauna und das Solarium in dem in den Planunterlagen zum Konzessionsbescheid vom 08.03.1990 bzw zum Konzessionsdekret vom 20.03.1991 ausgewiesenen Bereich befinden. Der Amtssachverständige hat weiters bestätigt, dass es sich bei den in der Küche verwendeten Gas- und Elektrogeräten um sehr alte Geräte handelt. Ebenfalls hat der Sachverständige erhoben, dass sich in der Küche insgesamt drei Mikrowellengeräte befinden. Von diesen Geräten war eines nicht angeschlossen, ein anderes hat mitteilungsgemäß nicht in Verwendung gestanden. Am dritten Gerät war das Herstellungsdatum ?08/2001? angebracht. Bezüglich der ?mit Gas betriebenen? Waschmaschine hat der Amtssachverständige festgestellt, dass diese defekt ist. Auch für diese Waschmaschine hat der Amtssachverständige bestätigt, dass diese älteren Datums ist. Zu der von der Rezeption aus betriebenen Musikanlage hat der Amtssachverständige ebenfalls ausgeführt, dass es sich dabei um ein älteres Gerät handelt. Die Musikanlage im Kellergeschoß ist laut Aussage des Amtssachverständigen erneuert worden und wurde für diese erst vor kürzerer Zeit eine Plombierung vorgenommen.

Bei der Einvernahme hat die Zeugin Mag. G. G. glaubhaft ausgeführt, dass sie bereits seit 31.08.1994 im ?Hotel C.? beschäftigt sei. Bereits zuvor habe sie sich als Angestellte der R. S., welche an der Finanzierung des betreffenden Gastgewerbebetriebes beteiligt war, öfters in der Betriebsanlage aufgehalten. Die Zeugin hat bestätigt, dass ihres Wissens und seit sie die Betriebsanlage kennt, nachfolgende Geräte bereits dort in Verwendung gestanden haben: die Lüftungsanlage, die von der Rezeption aus betriebene Musikanlage, ein Gas- und Elektroherd bzw ein Mikrowellenherd in der Küche, eine mit Gas betriebene Waschmaschine im Erdgeschoß, eine Sauna, ein Dampfbad und ein Solarium im Obergeschoß (Dachgeschoß) sowie eine Musikanlage im Kellergeschoß. Bezüglich des Mikrowellenherdes hat die Zeugin ausgeführt, dass dieser ausgetauscht worden sei. Ebenfalls hat sie bestätigt, dass die Musikanlage in der Diskothek erneuert worden sei.

Im erstinstanzlichen Akt liegt zudem eine Verhandlungsschrift mit Datum 07.03.1991 ein, in welcher ua ein Mikrowellenherd, welcher offenkundig zu diesem Zeitpunkt in der betreffenden Betriebsanlage verwendet worden ist, erwähnt wird.

Aus den durch die Erstinstanz eingeholten Auszügen aus dem zentralen Gewerberegister ergibt sich schließlich, dass die G. Hotel und G. GmbH Inhaberin von Gewerbeberechtigungen am Standort XY-Gasse, I., für das Gastgewerbe in der Betriebsart ?Bar?, in der Betriebsart ?Hotel? und in der Betriebsart ?Restaurant? ist. Herr E. J. K. ist seit 12.10.2001 gewerberechtlicher Geschäftsführer der G. Hotel und G. GmbH für die Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart ?Hotel? und in der Betriebsart ?Restaurant?.

#### C) Rechtliche Beurteilung:

Mit der Gewerberechtsnovelle 1997, BGBl I Nr 63/1997, wurde der Gewerbeordnung 1994 der § 153a neu eingefügt. Diese Bestimmung war inhaltsgleich dem nunmehrigen § 376 Z 14b GewO 1994. Die zitierte Gewerberechtsnovelle wurde am 30.06.1997 im Bundesgesetzblatt kundgemacht.

Die Erstinstanz hat nun mit Bezug auf § 376 Z 14b GewO 1994 die Auffassung vertreten, dass der Berufungswerber als gewerberechtlicher Geschäftsführer für den Zeitraum 12.10.2001 bis 10.06.2003 einen von den ?fiktiven? Betriebsanlagengenehmigung abweichenden Betrieb des betreffenden Gastgewerbebetriebes zu verantworten hat, weil in diesem eine Lüftungsanlage zur Be- und Entlüftung zum Einsatz gelangt sei, im Kellergeschoß und in den im 1.,



2., 3. und 4. Obergeschoß gelegenen Gästezimmern und Seminarräumen eine Musikanlage verwendet worden sei, in der im Erdgeschoß befindlichen Küche ein Gasherd, ein Elektroherd und eine Mikrowelle betrieben worden seien, im Erdgeschoß zudem eine mit Gas betriebene Waschmaschine eingesetzt worden sei und schließlich im 5. Obergeschoß eine Sauna, ein Dampfbad und ein Solarium betrieben worden seien. Diese Maschinen und Geräte seien in den in den Konzessionsbescheiden bezogenen Planunterlagen nicht dargestellt. Die Erstinstanz ist daher zur Auffassung gelangt, dass für die Verwendung derselben kein gewerberechtlicher Konsens vorliegt.

Diese Rechtsansicht wird seitens der Berufungsbehörde nicht geteilt. Unstrittig ist, dass für die in Rede stehende Betriebsanlage Konzessionen gemäß den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973, idF vor dem Inkraft-Treten der Gewerberechtsnovelle 1993, BGBl Nr 29/1993 (di der 01.07.1993), erteilt worden sind. Damit gilt der betreffende Gastgewerbebetrieb gemäß § 376 Z 14b GewO 1994 im Umfang der Betriebsräume und Betriebsflächen, auf die die Gastgewerbekonzession gemäß dem Konzessionserteilungsbescheid lautet, als gemäß § 74 Abs 2 leg cit genehmigte Betriebsanlage.

Die Erstinstanz legt diese Bestimmung restriktiv aus und vertritt offenkundig die Ansicht, dass ein gewerberechtlicher Konsens für die in der betreffenden Betriebsanlage verwendeten Geräte und Maschinen nur dann angenommen werden kann, wenn diese auch in den in den Konzessionserteilungsbescheiden bezogenen Planunterlagen explizit ausgewiesen bzw angeführt sind.

Ein derart enges Verständnis des § 376 Z 14b GewO 1994 kann aber nach Ansicht der Berufungsbehörde dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Mit Erlassung der betreffenden Regelung wurde durch den Gesetzgeber für bestimmte Gastgewerbebetriebe eine Betriebsanlagengenehmigung fingiert. Die in Rede stehende Bestimmung würde nun aber keinen Sinn geben, wenn sich der gewerberechtliche Konsens nur auf die Betriebsräume und Betriebsflächen ohne Ausstattung beziehen würde. Es versteht sich nämlich von selbst, dass ein Gastgewerbebetrieb ohne Einsatz von Maschinen und Geräten nicht geführt werden kann. Bei einer am Zweck dieser Norm orientierten Auslegung muss daher nach Ansicht der Berufungsbehörde davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eine Betriebsanlagengenehmigung auch für jene Geräte, Maschinen etc eines unter diese Bestimmung fallenden Gastgewerbebetriebes fingiert hat, die eine für den betreffende Betriebstypus charakteristische Ausstattung darstellen. Dies wird man nach Ansicht der Berufungsbehörde jedenfalls für jene ?betriebsarttypischen? Geräte etc. annehmen müssen, die im Zeitpunkt der Erteilung der Gastgewerbekonzession bereits im Betrieb vorhanden waren. Nun kann aber nach Ansicht der Berufungsbehörde nicht ernsthaft angezweifelt werden, dass in einer Waschküche, wie sie in etwa in den im Konzessionsbescheid vom 08.03.1990 bezogenen Planunterlagen ausgewiesen ist, typischerweise eine Waschmaschine verwendet wird. Der betreffende Raum ist eindeutig für die Aufstellung und den Einsatz eines solchen Gerätes vorgesehen. Ebenfalls stellt die Verwendung eines Gas- und Elektroherdes bzw eines Mikrowellenherdes eine typische Ausstattung für die Küche eines Restaurantbetriebes dar. Bezüglich dieser Geräte konnte aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass sie bei Erteilung der Gastgewerbekonzession an die Hotel C. Gesellschaft mbH und CoKG im Jahr 1990 bzw 1991 bereits in der betreffenden Betriebsanlage eingesetzt worden sind. Was die von der Rezeption aus betriebene Musikanlage anlangt, hat die Zeugin Mag. G. glaubhaft versichert, dass diese jedenfalls Anfang 1994 bereits in Verwendung gestanden hat. Weiters hat die Zeugin darauf hingewiesen, dass in den vom früheren Betreiber (Herrn E.) aufgelegten Prospekten diese Musikanlage bereits ?angepriesen? worden sei. Es ist daher nicht auszuschließen, dass auch die betreffende Musikanlage bei Erteilung der in Rede stehenden Gastgewerbeberechtigungen bereits in der Betriebsanlage verwendet worden ist. Bei einer derartigen Musikanlage handelt es sich nach Ansicht der Berufungsbehörde außerdem ebenfalls um eine für einen Hotelbetrieb nicht untypische Ausstattung. Was die Sauna, das Dampfbad und das Solarium im Obergeschoß des betreffenden Gastgewerbebetriebes anlangt, sind diese entgegen der Annahme der Erstinstanz in den Planbeilagen zum Konzessionsbescheid vom 08.03.1990, ZI I-11.261/1989, bzw in den Planbeilagen zum Konzessionsdekret vom 20.03.1991, ZI I-19.376/1990, bereits ausgewiesen. Schlussendlich kann nach Ansicht der Berufungsbehörde nicht ausgeschlossen werden, dass im Kellergeschoß der betreffenden Betriebsanlage, und zwar im Barbereich, bereits seit mehreren Jahrzeh-

ten eine Musikanlage in Verwendung gestanden hat. In den betreffenden Räumlichkeiten wurde ? wie sich aus dem erstinstanzlichen Akt ergibt ? offenkundig bereits seit den 70-er Jahre eine Diskothek geführt. Damit ergeben sich ebenfalls gewichtige Indizien dafür, dass in der Bar im Kellergeschoß ab Inbetriebnahme nach Erteilung der Konzession

bereits eine Musikanlage für Musikdarbietungen in Verwendung gestanden hat, zumal die Führung einer Diskothek ohne Musikanlage nicht vorstellbar ist. Auch für den Betrieb einer Bar, wofür der ?Hotel C. Gesellschaft mbH und CoKG? wie erwähnt ? im Jahr 1990 die Gastgewerbekonzession erteilt worden ist, stellt eine Musikanlage eine typische Ausstattung dar. Dass auch die Lüftungsanlage Anfang der 90er Jahre bereits im betreffenden Betrieb installiert war, kann im Hinblick darauf, dass in den Planbeilagen zu den erwähnten Gastgewerbekonzessionen ein auch heute noch dort befindlicher Lüftungsraum dargestellt ist, ebenfalls nicht widerlegt werden.

Im Ergebnis kann daher insbesondere aufgrund des langjährigen Betriebes der in Rede stehenden gewerblichen Anlage, wofür unzweifelhaft eine betriebstypische Ausstattung erforderlich war, aufgrund der von einem gewerbetechnischen Amtssachverständigen erhobenen Beschaffenheit der verfahrensgegenständlichen Geräte und aufgrund des Inhaltes der vorliegenden Planurkunden nicht ausgeschlossen werden, dass die betreffenden, ? betriebsarttypischen? Geräte und Maschinen auch im Zeitpunkt der Erteilung der Gastgewerbekonzessionen an die ? Hotel C. Gesellschaft mbH und CoKG? bereits im Gastgewerbebetrieb verwendet worden sind.

Die Berufungsbehörde ist daher unter Zugrundelegung ihres Verständnisses des§ 376 Z 14b GewO 1994 zur Auffassung gelangt, dass die Richtigkeit des durch die Erstinstanz im nunmehr angefochtenen Straferkenntnis erhobenen Tatvorwurfes nicht erweisbar ist, also nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich der durch den Gesetzgeber fingierte gewerberechtliche Konsens auch auf die im Straferkenntnis angeführten Geräte und Maschinen bezieht. Dass nun einzelne dieser Geräte (Mikrowellenherd bzw Musikanlage in der Bar) in weiterer Folge ausgetauscht worden sind, kann ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung führen. Im angefochtenen Straferkenntnis wird ? obwohl sich in der betreffenden Küche insgesamt drei Mikrowellenherde befinden ? zunächst nicht näher präzisiert, welcher davon nach Ansicht der Erstinstanz ohne gewerberechtlichen Konsens betrieben worden ist. Dies ist deshalb von Relevanz, weil ? wie das Ermittlungsverfahren ergeben hat ? offenkundig zumindest seit 07.03.1991 zumindest ein Mikrowellenherd in der Küche bereits verwendet worden ist, welcher möglicherweise nach wie vor zum Kücheninventar gehört. Weiters ist zu berücksichtigen, dass bei einem Austausch eines (konsentierten) Mikrowellenherdes nicht ohne weiteres von einer Bewilligungspflicht gemäß § 81 Abs 1 GewO 1994 ausgegangen werden kann, sondern dafür wohl eher nur eine Anzeigepflicht nach § 81 Abs 3 GewO 1994 besteht. Die Nichtbeachtung dieser Anzeigepflicht würde zwar ebenfalls eine Verwaltungsübertretung darstellen, allerdings wäre ein solcher Austausch gemäß § 81 Abs 2 GewO 1994 nicht bewilligungspflichtig und käme daher nach Ansicht der Berufungsbehörde die gegenständlich angezogene Strafsanktionsnorm in § 366 Abs 1 Z 3 leg cit nicht zum Tragen. Ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht wurde dem Berufungswerber im angefochtenen Straferkenntnis zudem nicht zur Last gelegt und wäre eine Abänderung des Tatvorwurfes durch die Berufungsbehörde im Hinblick auf § 31 Abs 1 und 2 VStG ausgeschlossen. Was die Verwendung der Musikanlage in der Bar anlangt, ist außerdem zu berücksichtigen, dass der Berufungswerber laut Auszug aus dem GewerbeRegister für den Betrieb der Bar nicht zum gewerberechtlichen Geschäftsführer bestellt worden ist. Aber auch die Geltendmachung einer verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung als handelsrechtlicher Geschäftsführer (vgl VwGH 23.11.1993, ZI 93/04/0152) scheidet gegenständlich nach Ansicht der Berufungsbehörde ? unabhängig von den vorstehenden Erwägungen - je denfalls aus. Wie sich nämlich aus dem erstinstanzlichen Akt ergibt (Schreiben der Magistratsabteilung III vom 13.11.2001, ZI III-4418/2001/RR/E), wurde die Musikanlage am 23.10.2001 mit Wissen der Behörde auf 85 dB limitiert. Im betreffenden Schreiben, worin die Behörde zudem selbst von einer ?Betriebsanlagengenehmigung nach § 153a GewO 1994? ausgegangen ist, hat diese für die betreffende Musikanlage zudem weitere Maßnahmen gemäß § 79 GewO 1994 in Aussicht gestellt. Wenn nun aber die Behörde von einem fehlenden Konsens für die Musikanlage ausgegangen wäre, hätte diese nicht nach § 79 Abs 1 GewO 1994 vorgehen dürfen, weil diese Bestimmung das Vorliegen einer gewerberechtlichen Genehmigung zur Voraussetzung hat. Da also die Behörde offenkundig selbst das Vorliegen eines Konsenses für die betreffende Musikanlage angenommen hat, mit deren Wissen außerdem Maßnahmen zur Reduktion der Lärmemissionen vorgenommen worden sind, kann es dem Berufungswerber schon aus diesem Grund nicht vorgeworfen werden, wenn er ebenfalls vom Vorliegen einer Betriebsanlagengenehmigung für diesen Anlagenteil ausgegangen ist. Ein Verschulden des Berufungswerbers ist daher insofern nicht erweisbar. Es brauchte folglich auch nicht näher geprüft werden, ob allenfalls auch in Bezug auf die Musikanlage im Kellergeschoß nur ein ? dem Berufungswerber im Übrigen nicht angelasteter ? Verstoß gegen die Anzeigepflicht in § 81 Abs 3 GewO 1994 vorliegt.

Der Berufung war daher aus den vorstehenden Erwägungen Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen.

**Schlagworte**

betreffende, Gastgewerbebetrieb, im Umfang, Betriebsräume, Betriebsflächen, als, genehmigte, Betriebsanlage, derart, enges, Verständnis

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

© 2026 JUSLINE

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

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