

TE UVS Tirol 2004/09/22 2004/22/120-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.09.2004

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Franz Triendl über die Berufung des Herrn W. K., XY, M., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 06.08.2004, ZI SB-13-2002, wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit § 24 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat der Berufungswerber einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von 20 Prozent der verhängten Geldstrafe, das sind Euro 180,00 zu bezahlen.

Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber spruchgemäß folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

?Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 07.01.1999, Zahl 2.IA-233/9, und Änderungsbescheid vom 21.12.2000, Zahl 2.1A-233/58, erhielt der Gewerbeinhaber K. A. die Betriebsanlagengenehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Schirmbar bzw eines Pavillons in Holz-Glas-Konstruktion auf der Gst Nr XY der KG K., XY-Straße, K.

1)

Anlässlich eines am 21. März 2002 im Zuge einer gewerberechtlichen Verhandlung an Ort und Stelle durchgeführten Ortsaugenscheines wurde festgestellt, dass im vorderen Gastgarten - dort hielten sich an den Stehpulten ungefähr 6 Gäste, denen Bier verabreicht wurde auf - gastgewerbliche Tätigkeiten ausgeübt wurden. Sie haben es gemäß § 370 Abs 2 Gewerbeordnung 1994 als der gewerberechtliche Geschäftsführer des Gewerbeinhabers K. A. zu verantworten, dass die mit genannten Bescheiden bewilligte Betriebsanlage auf dem Gst Nr XY der KG K., XY-Straße, in oben beschriebener Art und Weise geändert und nach der Änderung, zumindest am 21. März 2002 betrieben wurde, ohne dass die hiefür erforderliche Betriebsanlagenänderungsgenehmigung vorgelegen ist, wobei diese Änderung geeignet ist, eine Gefährdung im Sinne des § 74 Abs 1 Z 1 der Gewerbeordnung 1994 sowie eine Belästigung der Nachbarn durch Lärm hervorzurufen und sich hiernach die Bewilligungspflicht begründet.

2)

Weiters haben Sie als der gewerberechtliche Geschäftsführer des Gewerbeinhabers K. A. zu verantworten, dass am 21. März 2002 - wie anlässlich eines Ortsaugenscheines festgestellt - in dem von Herrn

K. betriebenen Pavillon in K., XY-Straße entgegen

a) Punkt 1, der B) Brandschutztechnische Aufträge des Bewilligungsbescheides vom 21.12.2000 die 2. Notausgangstür nicht mit einem Panikverschluss versehen war.

Punkt 1. lautet:

?Die zweite Türe (Notausgang) ist mit einem Panikverschluss zu versehen.?

b) Punkt 4 der B) Brandschutztechnischen Aufträge des Bewilligungsbescheides vom 21.12.2000 die erforderlichen Notleuchten beim Hauptausgang und bei Notausgang noch nicht installiert waren. Punkt 4. lautet.

?Die beiden Ausgänge (Not- und Hauptausgang sind mit Notleuchten entsprechend zu kennzeichnen.?

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Zu 1)

§ 366 Abs 1 Z 3 in Verbindung mit § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 Z 1 und 2 der Gewerbeordnung

Zu 2)

a) § 367 Z 25 der Gewerbeordnung 1994 in Verbindung mit Pkt 1 der Brandschutztechnischen Aufträge des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 21.12.2000, Zahl 2.1A-233158

b) § 367 Z 25 der Gewerbeordnung 1994 in Verbindung mit Pkt 4 der Brandschutztechnischen Aufträge des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 21.12.2000, Zahl 2.1A-233/58?

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über den Beschuldigten folgende Strafen verhängt:

zu 1) Euro 500,00 (Ersatzfreiheitsstrafe von 144 Stunden) gemäß § 66 Abs 1 GewO 1994;

zu 2a) Euro 200,00 (Ersatzfreiheitsstrafe von 48 Stunden) gemäß § 367 GewO 1994;

zu 2b) Euro 200,00 (Ersatzfreiheitsstrafe von 48 Stunden) gemäß § 367 GewO 1994;

sowie ein anteiliger Beitrag zu den Kosten des erinstanzlichen Verfahrens.

Gegen diesen Bescheid hat der Beschuldigte rechtzeitig Berufung erhoben und darin vorgebracht: ?Tatvorwurf 1 (Spruchpunkt 1 ? Gastgarten) werde vollinhaltlich, Tatvorwurf 2 (Spruchpunkt 2 - Nichteinhaltung von Auflagen) der Höhe nach bekämpft?.

?Begründung

I. Formelle Rechtswidrigkeit

1. allgemein zum Verfahren der BH Kitzbühel:

Der Tatvorwurf im Straferkenntnis bezieht sich auf einen Zeitpunkt weicher mehr als zwei Jahre zurück liegt. Wie im Spruch, aber auch in der Begründung dieses Bescheides angeführt wird, war Gegenstand der seinerzeitigen Verhandlung der Behörde nicht die Überprüfung der Betriebsanlage K., sondern ein Abänderungsbegehren hinsichtlich zweier Gastgärten sowie der Öffnungszeiten der gegenständlicheren Betriebsanlage.

Soweit mir bekannt ist, wurde ich zu dieser Verhandlung nicht geladen. Auch wurde mir als gewerberechtlicher Geschäftsführer durch die BH Kitzbühel nicht mitgeteilt, dass eine Überprüfung der Betriebsanlage durch die BH Kitzbühel stattfindet. Die übermäßige und durch die Behörde nicht zu rechtfertigende Verfahrensdauer (2 1/2 Jahre) widerspricht massiv Art 6 MRK und verletzt dadurch das Recht auf ein faires Verfahren.

2. Zu Tatvorwurf 1.

Mir wird vorgeworfen, dass bei der Betriebsanlage K. ein Gastgartenbetrieb stattgefunden hat und dadurch die Betriebsanlage ohne Genehmigung geändert und betrieben worden ist.

Zumal in der Bezeichnung als Tatort der ?vordere? Gastgarten angegeben ist diese Beschreibung viel zu wenig konkretisiert, denn es gibt keinen Gastgarten mit der Benennung ?vorderer? Gastgarten.

Die ungenaue Bezeichnung bzw Beschreibung des vermeintlichen Tatortes belastet den Strafbescheid mit formeller Rechtswidrigkeit, die nach ständiger Judikatur des VwGH zur Aufhebung des Erkenntnisses führt.

II. Inhaltliche Rechtswidrigkeit

Zu Tatvorwurf 1.

Es ist richtig, dass vor dem Lokal H. Pavillon in K. Tische aufgestellt waren und Gäste bewirtet worden sind. Dies jedoch nicht Form der Abänderung einer genehmigten Betriebsanlage, sondern im Rahmen der durch die Gewerbeordnung festgelegten Betriebsgarantie für Gastgärten, welche für das gesamte Bundesgebiet einheitlich gilt.

§ 112 Abs 3 GewO bestimmt unter anderem, dass Gastgärten, die sich auf öffentlichen Verkehrsflächen befinden oder daran angrenzen, jedenfalls von 08.00 bis 23.00 Uhr betrieben werden dürfen.

Es wurde mir nicht zur Last gelegt, dass sich der Gastgarten nicht auf bzw angrenzend zu einer öffentlichen Verkehrsfläche befindet. Auch nicht, dass der Gastgartenbetrieb nicht im Rahmen der vom Gesetzgeber erteilten Betriebsgarantie stattgefunden hätte. Es gereichte mir auch nicht zum Vorwurf, dass der Gastgarten entgegen der Regelung des § 112 Abs 3 GewO betrieben wurde.

Meines Erachtens nach kann das, was der Gesetzgeber ausdrücklich erlaubt nicht den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung begründen. Schon überhaupt kann in diesem Falle kein schuldhaftes Verhalten meinerseits vorliegen. Wenn hier durch die Strafbehörde sogar bedingter Vorsatz angenommen wird, so ist diese Annahme keinesfalls gerechtfertigt und auch nicht nachvollziehbar. Vorsätzlich handelt in diesem Fall nur jemand, dem es klar ist, dass er einen Gastgarten nicht betreiben darf oder ihn entgegen der Regelung der Gastgartenbetriebsgarantie betreibt. Nicht jedoch jemand, der sich auf die Rechtsordnung stützen und auf sie vertrauen kann. Wie bereits ausgeführt wurde an keiner Stelle in der Begründung aber auch im Spruchteil des Erkenntnisses dargelegt, dass der Gastgarten entgegen der bundesweiten Regelung betrieben wurde.

III. Höhe der Strafbemessung:

Zu Tatvorwurf 2. a und b.

Der Panikverschluss wurde unverzüglich noch der mündlichen Verhandlung angebracht. Ebenfalls die Notleuchten bei den beiden Ausgangstüren. Es handelt sich dabei um ein Versehen welches im Rahmen der gesamten Umbaumaßnahmen passiert ist. Die gesamte Betriebsanlage wurde in allen anderen Belangen ordnungsgemäß

hergestellt. Es kann sich also nur um ein verschulden minderen Grades handeln, keinesfalls um grobe Fahrlässigkeit wie die Strafbehörde das völlig zu unrecht zum Ausdruck bringt.

Wäre es denn ein derartiges Vergehen so hätte die BH Kitzbühel sicherlich nicht so lange zur Entscheidungsfindung gebraucht. Was den Vorwurf, dass sie gegen Art 6 MRK verstoßen hat keinesfalls egalisiert.

Aus diesem Grunde werden folgende

Anträge

gestellt;

1. Die zur Entscheidung berufene Behörde möge auf Grund der Verletzung des verfassungsgesetzlich verankerten Rechts auf ein faires Verfahren gem Art 6 MRK den gesamten Strafbescheid ersatzlos beheben und das Verfahren einstellen.

2. Für den Fall, dass diesem Antrag nicht stattgegeben wird ist beantragt:

Zu Tatvorwurf 1.:

Ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses in diesem Punkt.

Zu Tatvorwurf 2 a und b.:

Anwendung des § 21 VStG bzw in eventu die Herabsetzung der im Straferkenntnis festgelegten Geld und Ersatzarreststrafe.?

Der Berufungswerber ließ sich bei der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung durch den Gewerbeinhaber A. K. und Herrn Mag. F. M. vertreten. Die diesbezügliche Vollmacht ist ausdrücklich nur auf eine Vertretung bei der mündlichen Verhandlung ausgestellt.

In der mündlichen Verhandlung wurde seitens der Vertreter des Beschuldigten ergänzend vorgebracht:

?Es wird kritisiert das mangelhafte Ermittlungsverfahren, wobei man der Behörde vorwirft, dass sie nicht einmal in der Lage war festzustellen, wie viel sich an Gästen denn sich aufgehalten haben. Denn man spricht von ungefähr 6 Gästen.

Man spricht von einem vorderen Gastgarten und konkretisiert eigentlich nicht, wo denn der vordere Gastgarten überhaupt sein sollte, denn demgemäß müsste es auch einen hinteren Gastgarten geben, der aber im gesamten Verwaltungsverfahren nirgends aufscheint. Die Behörde hat im gegenständlichen Verfahren nicht festgestellt, ob es sich um eine Ausübung gemäß § 111 Abs 3 Z 3 der Gewerbeordnung gehandelt habe. Diesbezüglich wäre von einer genehmigungsfreien Verabreichung bis zu 8 Personen auszugehen. Die Behörde konnte auch nicht überprüfen, ob es sich um einen Gastgarten mit Betriebsgarantie des § 112 Abs 3 GewO handelt. Insbesondere wird auf die Abgrenzung Dr. S./Gastgarten/Schirmbar aus dem Jahre 1999 verwiesen (Schreiben der Abteilung Gewerberecht des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 08.03.1999, Zahl IIa-104(130)/16).

Es werde auch nur behauptet, dass eine genehmigungspflichtige Änderung einer Betriebsanlage vorliege, nicht aber Kriterien des § 74 Abs 2 GewO aufgezählt oder festgestellt, dass überhaupt die vorgefundenen Stehpulte Tatbestand einer Betriebsanlage erfüllen. Somit wurde überhaupt nicht dargelegt, was denn nun gemäß § 74 GewO, den mir zur

Last gelegten genehmigungspflichtigen Tatbestand begründen würde und warum es sich bei Stehpulten um eine Betriebsanlage handeln kann. Wird dieser Tatbestand jedoch nicht begründet, so kann auch eine genehmigungspflichtige Änderung gemäß § 81 GewO nicht vorliegen und schon gar nicht eine Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 3 GewO. Der Spruch dieses angefochtenen Straferkenntnisses ist in der dargelegten Form nicht ausreichend konkretisiert und kam darüber hinaus durch ein unzureichendes, fehlerhaftes Ermittlungsverfahren und auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung durch die Behörde zustande.?

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Akt und Einsichtnahme in Kopien der mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 21.12.2000, ZI 2.1A-233/58 genehmigten Einreichpläne und ein Orthofoto (Auszug aus dem Tiris) vom 1.9.2004.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

Zu Spruchpunkt 1. (Gastgarten):

Der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt, zur Tatzeit einen Gastgarten (Stehpulte), in dem an ungefähr 6 Gäste Bier verabreicht wurde, betrieben zu haben, wird nicht bestritten. In der Berufung wird jedoch vorgebracht, dass der Tatvorwurf ?vorderer Gastgarten? nicht der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Konkretisierungspflicht, hier hinsichtlich des Tatortes, entspreche. Diesem Vorwurf kommt keine Berechtigung zu. Mit der ?Aufforderung zur Rechtfertigung? vom 21.5.2002 wurde eine taugliche Verfolgungshandlung gesetzt. Eine Verfolgungshandlung muss, damit sie den Eintritt der Verfolgungsverjährung ausschließt, wegen eines bestimmten (strafbaren) Sachverhaltes erfolgen. Dies erfordert, dass sie sich auf alle die Tat betreffenden Sachverhaltselemente zu beziehen hat. Dazu gehört auch die sich nach der Art der jeweils in Rede stehenden Übertretung zu richtenden Umstände des konkreten Falles angemessene Angabe des Tatortes. Die gegenständliche Betriebsanlage befindet sich auf der Gp XY KG K. Den mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 21.12.2000, ZI 2.1A-233/58 genehmigten Einreichplänen und dem Orthofoto (Auszug aus dem Tiris) vom 1.9.2004 ist nun zu entnehmen, dass die Betriebsanlage ein wenig zurückversetzt von der XY-Straße liegt. Das Grundstück ist von der XY-Straße kommend über die städtische Grundparzelle XY KG K. erreichbar. Zu dieser Grundparzelle hin ist auch der Eingang zur Betriebsanlage (in Form eines Windfanges mit zwei nach außen aufgehenden Türen) ausgerichtet. Richtung ÖBB ist eine Fluchttür eingezeichnet und die Betriebsanlage mit Sträuchern gegen die Nachbargrundstücke abgegrenzt. Die Bezeichnung ?vorderer Gastgarten? umschreibt damit nach dem allgemeinen Sprachverständnis und den im konkreten Fall vorliegenden örtlichen Gegebenheiten, die dem Beschuldigten als gewerberechtlichen Geschäftsführer bekannt sind, eindeutig und unmissverständlich einen Gastgarten, der vor dem Eingang zur Betriebsanlage, also straßenseitig (zur Gp XY KG K.) liegt. Dass zum Tatzeitpunkt

ein beabsichtigter (dies ergibt sich aus der Verhandlungsniederschrift vom 21.03.2002 zur Änderung der Betriebsanlage unter anderem durch Hinzunahme zweier Gastgärten) hinterer Gastgarten (also ÖBB-seits gelegener) nicht (konsenslos) betrieben wurde, ändert an der konkreten Beschreibung des tatsächlich betriebenen Gastgartens nichts.

Der Spruch eines Straferkenntnisses hat dem Schuldigten die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorzuwerfen, dass er in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen und davor geschützt ist, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Das an die Tatortumschreibung zu stellende Erfordernis wird nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes, weil an den oben dargelegten Rechtsschutzüberlegungen zu messendes Erfordernis sein (vgl VwGH 23.11.2000, 98/07/0173). Der Tatort wurde, wie oben dargelegt, in einer Art und Weise festgelegt, dass dem Beschuldigten klar sein musste, dass sich der konsenslose Gastgarten zur Tatzeit vor dem Eingang, also straßenseitig, befunden hat. Er wurde daher jedenfalls in der Lage versetzt, entsprechende Beweise anzubieten und war vor einer Doppelbestrafung geschützt. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass der Beschuldigte in seiner Berufung selbst angibt, dass ?es richtig sei, dass vor (sic!) dem Lokal H. Pavillon in K. Tische aufgestellt waren und Gäste bewirtet worden sind?? Auch mit den weiteren Ausführungen zu §

112 Abs 3 GewO 1994 (Berufung Seite drei 1. und 2. Absatz), auf die unten näher eingegangen wird, indiziert der Beschuldigte eindeutig, dass er von einem Vorwurf, einen Gastgarten vor dem Lokal (sohin straßenseitig) betrieben zu haben, ausgegangen ist.

Der Beschuldigte ist nun der Ansicht, dass ein Gastgarten, der gemäß§ 112 Abs 3 GewO 1994 betrieben wird, keiner gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung bedarf.

§ 112 Abs 3 GewO 1994 lautet:

?Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, dürfen jedenfalls von 8 bis 23 Uhr betrieben werden, wenn sie ausschließlich der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken dienen, lautes Sprechen, Singen und Musizieren in ihnen vom Gastgewerbetreibenden untersagt ist und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind. Gastgärten, die sich weder auf öffentlichem Grund befinden, noch an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, dürfen jedenfalls von 9 bis 22 Uhr betrieben werden, wenn sie die Voraussetzungen des ersten Satzes erfüllen. Der Landeshauptmann kann mit Verordnung abweichende Regelungen betreffend die Gewerbeausübung in Gastgärten für solche Gebiete festlegen, die insbesondere wegen ihrer Flächenwidmung, ihrer Verbauungsdichte, der in ihnen bestehenden Bedürfnisse im Sinne des § 113 Abs 1 und ihrer öffentlichen Einrichtungen, wie Krankenhäuser, Altersheime, Bahnhöfe, Theater, Sportplätze und Parks, diese Sonderregelung rechtfertigen.?

Diese Bestimmungen stellen zum Unterschied von den betriebsanlagenrechtlichen Vorschriften der GewO 1994 Gewerbeausübungsvorschriften (siehe Überschrift ?Vorschriften über die Gewerbeausübung?) dar und lassen die nach § 74 Abs 2 GewO 1994 zu beurteilende Frage der Genehmigungspflicht des konkreten Gastgartens als Änderung zur genehmigten Betriebsanlage unberührt (vgl dazu Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zu Gewerbeordnung 1994/2 003), 894f und die dort zitierte Rechtssprechung des VfGH und VwGH). Dass ein Gastgarten geeignet ist, die im § 74 Abs 2 GewO 1994 geschützten Interessen, wie etwa Gesundheitsgefährdung oder Belästigung von Nachbarn (hier im eng verbauten Siedlungsgebiet) oder Gefahr für Kunden (zB Verstellen von Fluchtwegen), zu beeinträchtigen, entspricht dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut und war daher jedenfalls von einer Genehmigungspflicht des gegenständlichen Gastgartens nach §§ 81ff GewO 1994 auszugehen. Auf eine bestimmte Ausgestaltung des Gastgartens kommt es dabei nicht an. Mit dem Verweis auf ein Schreiben des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 08.03.1999, ZI Ila-104(130)/16 ist für den Berufungswerber nichts gewonnen, zumal hier nur dargelegt wird, in welchen Fällen nicht mehr von einer ?Betriebsgarantie? des § 148 Abs 1 (nunmehr 112 Abs 3) GewO 1994 auszugehen ist. Grundsätzlich sind Gastgärten im Freien gelegene, unmittelbar an ein Gastlokal anschließende oder etwas entfernt liegende Betriebsflächen, auf den Speisen oder Getränke an Gäste ausgegeben werden. Auch Eingrenzungen durch Zaun, Hecke oder Mauerzähen definitionsgemäß zu einem Gastgarten (VwGH 26.6.2002, 99/04/0150). Im gegenständlichen Fall wurden Stehpulte aufgestellt und an ungefähr 6 Gäste Bier verabreicht. Es liegt daher jedenfalls ein Gastgarten vor und wurde dies dem Beschuldigten auch konkret vorgeworfen.

Das Vorbringen, dass diesfalls, weil nicht mehr als 8 Verabreichungslätze vorgeworfen worden seien, gemäß§ 111 Abs 2 Z 3 GewO 1994 keine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe erforderlich sei und daher auch keine Betriebsanlagengenehmigung beantragt hätte werden müssen, ist nicht zutreffend.

§ 111 Abs 2 Z 3 GewO 1994 sieht vor, dass einfache Formen der Verabreichung von Speisen und des Ausschankes von Getränken wie zB Würstlbuden, Stehbuffets u ?imbisse keiner Gastgewerbeberechtigung bedürfen. Bei einem Gastgarten, der eine Erweiterung eines bestehenden Gastgewerbetriebes darstellt und untrennbar (er kann nur mit dem bestehenden Betrieb betrieben werden) mit diesem verbunden ist, liegt kein Fall des § 111 Abs 2 Z 3 GewO 1994 vor. Aber selbst wenn § 111 Abs 2 Z 3 GewO 1994 anwendbar wäre, ist für den Berufungswerber nichts gewonnen. Die Tätigkeit bliebe eine gewerbliche (freies Gewerbe) und die Genehmigungspflicht der Hinzunahme des Gastgartens aufrecht.

Was die subjektive Tatseite betrifft, ist anzuführen, dass gemäß § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt. 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. Im Falle eines ?Ungehorsamsdeliktes? - als welches sich auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung darstellt - tritt somit insofern eine Verlagerung der Behauptungslast ein, als die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu beweisen hat, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Dass der Beschwerdeführer das Tatbild der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung vorsätzlich verwirklicht hat, kann nicht zweifelhaft sein, ist doch unstrittig, dass er als gewerberechtlicher Geschäftsführer die Dispositionen zur Errichtung des Gastgartens getroffen hat. Die vom Beschwerdeführer gegen die Annahme, er habe vorsätzlich gehandelt, vorgebrachten Einwendungen beziehen sich in Wirklichkeit auf sein Unrechtsbewusstsein, ein Schuldlement, das von jenem des Vorsatzes zu unterscheiden ist (vgl VwGH 15. 06.1992, 91/10/0146 und 11.9.1997, 96/07/0223). Vorwerfbar handelt nur, wer unrecht tut, obwohl er entweder weiß, dass seine Handlung Unrecht ist oder dies zumindest hätte erkennen können. Nicht vorwerfbar handelt hingegen der, der sich in einem entschuldbaren Rechts(Verbots)irrtum gemäß § 5 Abs 2 VStG befindet.

Wenn sich der Berufungswerber dabei darauf beruft, er sei von einer genehmigungsfreien ?Betriebsgarantie? des Gastgartens ausgegangen, so ist ihm entgegenzuhalten, dass bei einem gewerberechtlichen Geschäftsführer davon ausgegangen werden muss, dass er die einschlägigen Gesetze und deren richtige Auslegung kennt und daher weiß, dass für eine Änderung einer bereits genehmigten Betriebsanlage durch einen Gastgarten eine gewerbebehördliche Genehmigung erforderlich ist. Anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn sich der gewerberechtliche Geschäftsführer bei der zuständigen Behörde informiert und die Auskunft erhalten hätte, für die Erweiterung einer Betriebsanlage durch einen Gastgarten wäre keine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung erforderlich. Dies hat der Beschuldigte nicht einmal vorgebracht und wäre angesichts der in den Gewerbereferaten als bekannt geltenden Rechtslage eine diesbezügliche Auskunft auch nicht zu erwarten gewesen. Nach § 5 Abs 2 VStG ist die Unkenntnis der übertretenen Verwaltungsvorschriften nur dann beachtlich, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnten. Auch die irrite Auslegung einer Norm ist ein Rechtsirrtum gemäß § 5 Abs 2 VStG. Die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer anderen Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Wer es verabsäumt, geeignete Erkundigung einzuholen, trägt das Risiko des Rechtsirrtums (VwGH 23.12.1991, 88/17/0010).

Somit liegt entgegen dem Vorbringen der Beschuldigten der Tatbestand des § 366 Abs 1 Z 3 iVm § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 GewO 1994 in objektiver und subjektiver Weise vor.

Strafbemessung:

Gemäß § 19 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe 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. Nach Abs 2 sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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. Dabei war aufgrund der Angaben in der mündlichen Verhandlung von einer durchschnittlichen Vermögensausstattung und Einkommenssituation auszugehen.

Der Unrechtsgehalt der dem Berufungswerber unter Spruchpunkt 1. angelasteten Verwaltungsübertretung ist nicht unerheblich, dienen die Bestimmungen des gewerbebehördlichen Betriebsanlagenrechtes doch, auf den gegenständlichen Fall bezogen und wie oben näher dargelegt, neben dem Schutz der Nachbarn vor Gefahren und unzumutbaren Belästigungen auch dem Schutz der Kunden. Durch die in Rede stehende Tat wurden diese Rechtsgüter in einem nicht unerheblichen Ausmaß beeinträchtigt. Erschwerend waren die einschlägigen Strafvormerkungen zu berücksichtigen.

Aufgrund des Vorbringens des Beschuldigten in seiner Berufung käme grundsätzlich auch der Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 12 StGB in Frage. Danach liegt ein Milderungsgrund vor, wenn der Täter ?die Tat in einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum (§ 9) begangen hat, insbesondere wenn er wegen vorsätzlicher Begehung bestraft wird?. Wie der VwGH ausgeführt hat, ist nicht jeder geltend gemachte Rechtsirrtum als Milderungsgrund zu werten (VwGH 19.03.2003, 2002/03/0317). Eine Heranziehung dieses Milderungsgrundes gebietet sich dann, wenn besondere Begleitumstände (vgl VwGH 23.02.1994, 93/09/0383) der Tat vorliegen, die zwar keinen die Schuld ausschließenden Rechtsirrtum begründen, eine Strafmilderung jedoch nahe legen. Wie oben näher dargelegt, muss bei einem gewerberechtlichen Geschäftsführer davon ausgegangen werden, dass er die einschlägigen Rechtsvorschriften kennt und nach diesen handelt. Die Genehmigungspflicht für die Errichtung eines Gastgartens nach den betriebsanlagenrechtlichen Vorschriften muss als allgemein, aber jedenfalls für einen gewerberechtlichen Geschäftsführer, bekannt vorausgesetzt werden. Ein Milderungsgrund ist unter diesen Voraussetzungen für die Berufungsbehörde nicht zu erkennen. Aber selbst bei Würdigung als Milderungsgrund wäre für den Beschwerdeführer nichts gewonnen, zumal aufgrund des hohen Unrechtsgehalt der Tat, die einschlägigen Strafvormerkungen und die Höhe der verhängten Strafe eine Herabsetzung nicht in Frage käme.

Der Beschuldigte bringt in der Berufung vor, aufgrund der langen Verfahrensdauer (beinahe 2,5 Jahre) müsste dieser Umstand als Milderungsgrund berücksichtigt werden. Dem Beschuldigten ist insoferne Recht zu geben, als das erstinstanzliche Verfahren vom ersten nach außen gerichteten Verfahrensschritt (Aufforderung zur Rechtfertigung vom 21.05.2002) bis zur Erlassung des Straferkenntnisses vom 06.08.2004 tatsächlich mehr als 2 Jahre in Anspruch genommen hat, wobei zu berücksichtigen gilt, dass das Verfahren insgesamt, also das Verfahren in I. und II. Instanz zusammen, nicht länger als 2,5 Jahre (genau 2 Jahre 4 Monate) gedauert hat.

Ein Milderungsgrund, der im gegenständlichen Falle zu einer Herabsetzung der Strafe führen würde, liegt jedoch nicht vor. § 34 Abs 2 StGB sieht einen Milderungsgrund vor, wenn das gegen den Täter geführte Verfahren aus einem nicht von ihm oder seinem Verteidiger zu vertretenden Grund unverhältnismäßig lange gedauert hat. Diese Bestimmung muss jedoch im Kontext einschlägiger strafrechtlicher Verfahren gesehen werden, in denen die Angelegenheit von besonderer Bedeutung für die Parteien war. Dies insbesondere dann, wenn sich der Beschuldigte zB in U-Haft befindet oder über Jahre dem Verdacht, ein Verbrechen begangen zu haben, ausgesetzt ist. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist nämlich die Bedeutung der Angelegenheit für die Partei ein wesentliches Kriterium (siehe dazu Thienel, Die angemessene Verfahrensdauer (Art 6 Abs 1 MRK) in der Rechtssprechung der Straßburger Organe, Unter Bedachtnahme auf die österreichische Rechtslage, ÖJZ 1993, 473). Neben diesen besonderen strafrechtlichen Verfahren müssen hier auch noch alle jene Verfahren genannt werden, die für die wirtschaftliche oder berufliche Existenz der Partei entscheidend sind (zB Sozialversicherungssachen, Arbeitsrechtssachen, familienrechtliche Verfahren ua). Im gegenständlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren sind Nachteile für den Beschuldigten, die aus der mehr als 2-jährigen Verfahrensdauer in I. Instanz resultierten, nicht zu erkennen und wurden auch nicht vorgebracht. Überdies gilt nach Ansicht der Berufungsbehörde zu bedenken, dass im System des VStG über die auch im StGB bestehenden Verjährungsfristen (Verfolgungs- und Vollstreckungsfristen, §§ 57 ff StGB) hinaus noch zwei Fristen (Strafbarkeitsverjährung - drei Jahre, § 31 Abs 3 VStG und 15 Monate

Entscheidungsfrist im Berufungsverfahren, § 51 Abs 7 VStG) normiert sind, die dem Beschuldigten eine angemessene Verfahrensdauer (sowohl bei einer Gesamtbetrachtung des Verfahrens als auch hinsichtlich des Berufungsverfahrens alleine) garantieren. Verwaltungsstrafverfahren, d

ie sich innerhalb dieses zeitlichen Rahmens bewegen, werden daher nur in speziellen Einzelfällen als mit Art 6 Abs 1 MRK in Widerspruch stehend angesehen werden können.

Unter Bedachtnahme auf die oben angeführten Strafbemessungsregeln erscheint die verhängte Strafe von Euro 500,00 bei einem möglichen Strafrahmen von bis zu Euro 3.600,00 als schuld- und tatangemessen und erforderlich, um den Berufungswerber in Hinkunft von derartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten.

Zu Spruchpunkt 2. (Nichteinhaltung von Auflagen)

Diesbezüglich wurde nur die Strafhöhe beeinsprucht und damit argumentiert, dass die Mängel unverzüglich nach der betreffenden Betriebsüberprüfung behoben wurden. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich bei den nicht eingehaltenen Auflagen um solche zum Schutz des Lebens der sich in der Betriebsanlage aufhaltenden Menschen handelt. Aufgrund zahlreicher Unfälle in den vergangenen Jahren (zB Discobrände) und einer umfassenden medialen Aufbereitung dieses Themas ist allgemein bekannt, dass gerade im Panikfall das alleinige Vorhandensein von Notausgangstüren, selbst wenn diese nach außen aufgehen, nicht ausreicht. Auch im Bereich des technischen Normungswesens wurden angesichts dieser besonderen Gefahren neue Standards geschaffen (vgl zB die Europäischen DIN EN 179 und 1125). Einerseits müssen Notausgangstüren daher mit einem Panikverschluss (der ein Öffnen auch unter Druck einer großen Menschenmenge ermöglicht) ausgestattet sein, andererseits muss eine netzunabhängige Mindestbeleuchtung bei Ausfall der Grundbeleuchtung gegeben sein. Genau diesem Zweck dienen die beiden nicht erfüllten Auflagen. Der Unrechtsgehalt der Tat ist also ein außerordentlich großer. Dass im Anschluss an die Überprüfung der bescheidmäßige Zustand ehestens hergestellt wurde, kann dagegen nicht als Milderungsgrund angesehen werden. Zur vorgebrachten Milderungsgrund der ?überlangen Verfahrensdauer? und hinsichtlich der übrigen Strafbemessungsgründe wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Für die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Auflagen wurde jeweils eine Strafe in der Höhe von Euro 200,00 verhängt. Bei einem Strafrahmen bis zu Euro 2.180,00 und dem oben dargelegten hohen Unrechtsgehalt sind die verhängten Strafen daher keinesfalls als überhöht anzusehen.

Schlagworte

Änderung, Betriebsanlagengenehmigung, Gastgarten, Gewerbeausübungsvorschriften, lassen, Genehmigungspflicht, unberührt, Milderungsgrund, unverhältnismäßig, lange, gedauert, hat

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