

# TE UVS Wien 1996/06/18 04/G/21/181/96

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.06.1996

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch das Mitglied Dr Hollinger über die Berufung des Herrn Josef F, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 6./7. Bezirk, vom 2.2.1996, ZI MBA 6/7 - S/6/11558/95, wegen Übertretung des § 366 Abs 1 Ziffer 2 Gewerbeordnung 1994 entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Der Berufungswerber hat daher gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von Schilling 300--, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen.

## **Text**

Begründung:

Das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 6./7. Bezirk, vom 2.2.1996, ZI MBA 6/7 - S/6/11558/95, hat folgenden Spruch:

"Sie haben es als Betriebsinhaber zu verantworten, daß Sie eine aufgrund der Verwendung einer Tischbohrmaschine, einer Metallkreissäge, zweier Schweißgeräte sowie von vier Schleifmaschinen und diversen Anstrichmitteln auf Benzin- bzw Isobutanolbasis und der damit verbundenen erhöhten Brandbelastung und der möglichen Belästigung von Nachbarn durch Lärm und Geruch gehmigungspflichtige Betriebsanlage zur Ausübung des Gewerbes:

"Schlosser" in Wien, S-gasse in der Zeit vom 18. Dezember 1991 bis 28. September 1995 betrieben haben, ohne die erforderliche Genehmigung erwirkt zu haben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs 1 Z 2 Gewerbeordnung 1994 in der geltenden Fassung. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Schilling 1.500--, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 12 Stunden gemäß § 366 Einleitungssatz GewO 1994 in der geltenden Fassung. Ferner haben Sie gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG, in der geltenden Fassung, zu zahlen:

S 150,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, ds 10 % der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher S 1.650,--. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen (§ 54d VStG)."

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten, in welcher dieser im wesentlichen vorbringt, daß er als Künstler tätig sei. Vom Beschuldigten wird weiters vorgebracht, daß er lediglich in einem Hobbyraum arbeite, welcher keiner Gewerbeordnung unterliege und stehe es ihm frei, jede Art von Werkzeug

und Maschinen zu besitzen. Jede dieser Maschinen könne man ohne behördliche Genehmigung erwerben, desgleichen Lacke, Verdünner, etc. Er habe eine Entsorgungsnummer der EBS, alle sonstigen Sicherheitsvorkehrungen seien stets eingehalten worden. Die angeblichen Lärm- und Geruchsbelästigungen hätten nie nachgewiesen werden können und seien seines Erachtens völlig aus der Luft gegriffen. Diese Anschuldigungen würden von einer Mieterin stammen, welche bekannt dafür ist, im Haus Unruhe zu stiften.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 366 Abs 1 Ziffer 2 GewO 1994 (GewO) begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesbestimmung mit Geldstrafen bis zu S 50.000,-- zu bestrafen ist, wer eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt. Zufolge § 74 Abs 2 Ziffer 2 GewO dürfen gewerbliche Betriebsanlagen 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, die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei der Beurteilung der Genehmigungspflicht einer gewerblichen Betriebsanlage nicht darauf an, ob von der Betriebsanlage tatsächlich im Gesetz näher bezeichnete Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder Einwirkungen ausgehen. Die Genehmigungspflicht ist vielmehr schon dann gegeben, wenn solche Auswirkungen auf bestimmte Personen im Sinne des § 74 Abs 2 Ziffer 1 und 2 GewO oder auch bestimmte Tätigkeits- oder Sachbereiche im Sinne des § 74 Abs 2 Ziffer 3 bis 5 GewO nicht auszuschließen sind. Tatbestandselement nach § 74 Abs 2 GewO ist die mit einer gewerblichen Betriebsanlage verbundene konkrete Eignung, die in der zitierten Gesetzesstelle näher bezeichneten Auswirkungen hervorzurufen (vergl VwGH, Erk vom 28.4.1992, 91/04/0332 und vom 25.2.1993, 91/04/0248).

Schon im Hinblick auf die allgemeine Lebenserfahrung kann bei einer Betriebsanlage, in der das Schlossereigewerbe ausgeübt wird, eine derartige Eignung von vornherein nicht ausgeschlossen werden. Zudem wurde von der Magistratsabteilung 36 mit Schreiben vom 25.8.1995 folgende Stellungnahme abgegeben (auszugsweise):

"Der Betrieb der Firma Josef F besteht aus einem ca 60 m<sup>2</sup> großen Werkstättenraum im Kellergeschoß des rechten Seitentraktes unter der im Mezzanin gelegenen Beschwerdeführerwohnung.

Der Einrichtungszustand des Raumes umfaßte zum Zeitpunkt der Erhebung diverse Metallbearbeitungsmaschinen wie 1 Tischbohrmaschine, 1 Metallkreissäge, 2 Schweißgeräte, 4 Schleifmaschinen usw. Des Weiteren wurden in Regalen diverse Anstrichmittel auf Benzin- bzw Isobutanolbasis in Kleingebinden (Dosen) in einer Gesamtmenge von ca 20 Liter gelagert. Lackierarbeiten wurden zum Zeitpunkt der Erhebung nicht durchgeführt, Geruchsimmissionen in der Beschwerdeführerwohnung konnten nicht wahrgenommen werden. Diesbezüglich wurde vom Betriebsinhaber-Vertreter angegeben, daß Lackierarbeiten an den in der Ba gefertigten Metallmöbeln im Schnitt ca einmal pro Monat durchgeführt werden (demgegenüber wird von der Beschwerdeführerin aufgrund der von ihr wahrgenommenen Geruchsbelästigungen angenommen, daß fast täglich in der Betriebsanlage lackiert wird); Des Weiteren werde bei diesen Arbeiten ein im Deckenberich montierter Abluftventilator (mit Abluftabführung in einen Luftschacht) eingeschaltet und es würden die Kellerfenster geschlossen gehalten; im übrigen würden die Kellerfenster nur morgens bei Arbeitsbeginn zu Lüftzungszwecken geöffnet. Nach ha Sicht ist es, da bei den Anstreicherarbeiten lösungsmittelhaltige Anstrichmittel verwendet werden, zur Zeit nicht ausgeschlossen, daß bei einem nicht funktionstüchtigen und nach dem Stand der Technik konzipierten Raumbe- und -entlüftungssystem lösungsmittelhaltige Raumluft - gegebenenfalls vermischt mit Schweißrauch - insbesondere bei geöffneten Mauerfenstern in die darüberliegende Beschwerdeführerwohnung dringen kann und zu den von der Beschwerdeführerin wahrgenommenen Geruchsbelästigungen führt.

Aufgrund der Möglichkeit, daß durch den Betrieb der Betriebsanlage eine erhöhte Gefährdung von Nachbarinteressen einerseits infolge Geruchsbelästigungen und andererseits infolge Lärmimmissionen durch den Einsatz lärmintensiver Metallverarbeitungsmaschine (sa Pkt 1) dieser Mitteilung) nicht auszuschließen ist, sind aus technischer Sicht Kriterien für eine Genehmigungspflicht im Sinne der GewO feststellbar".

Die erstinstanzliche Behörde ist daher zu Recht von einer Genehmigungspflicht der betreffenden Betriebsanlage ausgegangen. Anlässlich einer Erhebung der Magistratsabteilung 59 - Marktamtsabteilung für den 4. - 7. Bezirk - vom 28.9.1995 in Wien, S-gasse, konnte festgestellt werden, daß der Berufungsswerber im obzitierten Standort seit

18.12.1991 Gebrauchsgegenstände (hauptsächlich Einrichtungsgegenstände) - überwiegend verwendetes Material: Metall (Ausnahme Sitzfläche der Sitzmöbel - dazu werden Tapezierer beauftragt) - herstellt. Im Revisionsbericht lautet es weiters wie folgt:

"Bei der Betriebsanlage handelt es sich um einen ca 70 qm großen Werkstättenraum im Kellergeschoß des rechten Seitentraktes des Wohnhauses. Zum Zeitpunkt der Revision gab es dort folgende Maschinen:

eine Tischbohrmaschine, eine Metallkreissäge, zwei Schweißgeräte, vier Schleifmaschinen. Weiters wurde gelagert: Nitroverdünnungen, Rostschutzmittel und Lacke (auf einer Dose das Symbol feuergefährlich- "Flamme") vorgefunden.

Ein Angestellter des Herrn F war bei der Revision mit Schweißarbeiten beschäftigt.

In diesem Kellerraum, in welchem auch ein Schreibtisch untergebracht war, konnte in Rechnungen (im Kassabuch) aus 1995 Einsicht genommen werden. In alle anderen in weiterer Folge zit Rechnungen wurde im Atelier (Raum der Privatwohnung - hier werden die entsprechenden Zeichnungen für die in der Werkstätte erzeugten Gebrauchsgegenstände angefertigt) Einsicht genommen.

Rechnungen:

vom 18.12.1991, Re Nr 20: Möbelteile für Lesesaal des Museums für angewandte Kunst, Wien - Rechnungssumme S 140.383,-- vom 27.5.1992, Re Nr 27: ua Türbeschläge für Fa L in W - Rechnungssumme S 9.600,--

vom 10.9.1993: Re Nr 20: ua Rahmenteile für Museum für angewandte Kunst, Wien - Rechnungssumme S 50.581,--

vom 7.2.1994: Re Nr 45: ua Schreibtisch für Privatperson - Rechnungssumme S 53.400,--

vom 8.11.1994: Re Nr 31: Vogelkäfig für Privatperson - Rechnungssumme S 18.000,--

vom 17.5.1995: Re Nr 11: Balkon und Gitterrost für Hausgemeinschaft, Wien, - Rechnungssumme S 48.000,-- vom 27.7.1995: Re Nr 020, ua Türgriffe für Fa C, Wien - Rechnungssumme S 27.480,--

vom 5.9.1995: Re Nr 029: Regal für Fa Franz S, Lebensmittelhändler Wien, - Rechnungssumme S 27.408,--

Bei allen genannten Geschäftsfällen handelt es sich um Auftragsarbeiten von Privaten, Gewerbebetrieben und einem Museum. Beim Eingang in das Wohnhaus war ein Schild mit der Aufschrift "Josef F Metallarbeiter Kunst und Werk" mit einem entsprechenden Hinweis auf die Werkstätte angebracht."

Zum Vorbringen des Berufungswerbers, er sei als Künstler tätig, ist folgendes auszuführen:

Gemäß § 2 Abs 11 GewO ist unter Ausübung der schönen Künste im Sinne dieses Bundesgesetzes (Abs 1 Ziffer 7) die eigenschöpferische Tätigkeit in einem Kunstzweig zu verstehen. Das "Kunstgewerbe" ist hingegen ein Sammelname für verschiedenste Tätigkeiten, die in der Erzeugung von Gebrauchs- oder Ziergegenständen nach eigenen, mehr oder weniger künstlerischen Entwürfen, bestehen.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen der Ausübung der schönen Künste und einer kunstgewerblichen Tätigkeit ändert nach Judiaktur und Lehre der Umstand, daß einzelne Arbeiten die gewöhnliche handwerksmäßige Leistung überragen und künstlerischen Wert besitzen können, nichts an dem Status des Ausführens als Gewerbetreibenden.

Dies trifft insbesondere dann zu, wenn bei Erzeugnissen wie etwa Plakaten, Schmuck und Bekleidung die originelle künstlerische Leistung in der Regel mit dem Entwurf abgeschlossen ist. Hier kann eine Ausführung, die nur mehr handwerkliche Fertigkeiten erfordert, nicht mehr als Ausübung der schönen Künste angesehen werden. Nur dann, wenn auch die Ausführung noch dem Bereich des originär-schöpferischen Aktes zuzurechnen ist (zB die Herstellung einer Plastik oder einer Skulptur nach eigenen Entwürfen) liegt auch diesbezüglich Ausübung schöner Künste vor (siehe Heller-Laszky-Nathansky, Gewerbeordnung 56; Frey-Maresch, Gutachten und Entscheidungen über den Umfang der Gewerberechte Nr 8631, Nr 10.627, Nr 13.178; VwSlg NF 4363/A; siehe auch Fialka-Wallner Kommentar zur Gewerbeordnung, Orac, Wien 1983, Ausführungen zu § 2, 30 ff).

Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies, daß die Herstellung der jeweiligen Gegenstände aus Metall dann nicht mehr der Ausübung der schönen Künste zuzurechnen ist, wenn der originär-schöpferische Akt bereits mit dem Entwurf (der Zeichnung - dem "Design") abgeschlossen wäre.

Die vom Berufungswerber geschaffenen Erzeugnisse sind von Form und Ausfertigung her primär bestimmt, zu einem funktionellen Zweck (Sessel zum Sitzen bzw Regal zum Ablegen usw) eingesetzt zu werden. Dies setzt aber voraus, daß

die Funktionalität zwangsläufig im Vordergrund steht und schon beim Design auf die Funktionalität des Gegenstandes Rücksicht zu nehmen ist. Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien ist daher der originär-schöpferische Akt bereits mit dem Zeichnen des Entwurfes nach eigenen künstlerischen Intensionen abgeschlossen. Lediglich dann, wenn wegen der Einmaligkeit des jeweiligen Werkes ein untrennbarer Zusammenhang zwischen dem Entwurf und der nachfolgenden Ausführung besteht, wie zB einem Gemälde oder einer Plastik, stellt das nach einem Entwurf hergestellte Werk das eigentliche Kunstwerk dar, weil der künstlerische Schaffensvorgang bei der Ausführung des endgültigen Werkes eine hervorragende Rolle spielt. Bei den vom Berufungswerber hergestellten (Gebrauchs-) Gegenständen kommt die originelle künstlerische Leistung jedoch bereits im Entwurf zum Ausdruck; die Ausführung kann daher nicht mehr als die Ausübung der schönen Künste angesehen werden, mögen hiezu unter Umständen auch Arbeiten erforderlich sein, welche die gewöhnlichen handwerksmäßigen Leistungen eines Schlossers übersteigen und auch eine besondere Auffassungsgabe voraussetzen. Die vom Berufungswerber entworfenen und hergestellten Gegenstände mögen zwar wegen des hohen Grades der Kunstfertigkeit in der Ausführung sogar künstlerischen Wert besitzen, gleichwohl sind sie aber nur Ergebnisse rein gewerblicher Tätigkeiten, zumal eine Umsetzung des Entwurfes auch durch andere Personen möglich ist, wie dies ja auch der vom Marktamt festgestellte Einsatz des Mitarbeiters beweist. Auch aus der Berufung des Beschuldigten auf die Teilnahme an der "Biennale der Wohnkreativität 94" in Belgien und auf die Teilnahme an der "Casa Europa" in Antwerpen und Amsterdam, ist für den Standpunkt des Berufungswerbers nichts zu gewinnen (siehe in diesem Zusammenhang die Stellungnahme der Wirtschaftskammer Wien vom 19.1.1996 - erstinstanzlicher Akt Bl 15 ff - und das schon oben angeführte Erkenntnis des VwGH vom 4.6.1957, 302/55, VwSIG 4363/A).

Der Berufung war daher in der Schuldfrage keine Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich zu bestätigen.

Zur Strafbemessung ist folgendes auszuführen:

Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Maße das Interesse am Leben und an der Gesundheit der in § 74 GewO genannten Personen - im konkreten Fall das Interesse am Schutz der Nachbarn vor von der Betriebsanlage ausgehenden Gefahren und Belästigungen. Der Unrechtsgehalt der Tat war daher nicht geringfügig. Das Verschulden des Berufungswerbers kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, daß die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder daß die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenseit des Berufungswerbers wurde schon von der Behörde erster Instanz zutreffend als mildernd gewertet.

Ebenfalls zutreffend mußte von der Erstbehörde der lange Tatzeitraum als erschwerend gewertet werden.

Auch auf die vom Berufungswerber bekannt gegebenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse (Einkommen zwischen S 10.000,-- und S 15.000,-- kein Vermögen und Sorgepflicht für 4 Kinder) wurden schon bei der Strafbemessung berücksichtigt. Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und auf den bis zu S 50.000,-- reichenden Strafsatz ist die verhängte Geldstrafe durchaus angemessen und keineswegs zu hoch, zumal im Verfahren keine weiteren Milderungsgründe hervorgetreten sind. Eine Herabsetzung der verhängten Geldstrafe kam daher nicht in Betracht.

Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 64 Abs 1 und 2 VStG.

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