

# RS UVS Oberösterreich 1995/12/01 VwSen-221134/9/Kl/Rd

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 01.12.1995

## Rechtssatz

Gemäß § 366 Abs.1 Z3 GewO 1994 BGBI. Nr.194/1994, begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 50.000 S zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§ 81).

Gemäß § 367 Z25 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 30.000 S zu bestrafen ist, wer Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs.1 oder § 82a Abs.1 erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 und 83 und 359b in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen oder Aufträge nicht einhält.

Mit Bescheid des Magistrates L., Baurechtsamt, vom 22.4.1982, GZ 501/W-202/81, wurde dem Bw für die Betriebsanlage Restaurant "P."

auf dem Grundstück Nr. 175 der KG L. in L. unter Vorschreibung von Auflagen die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung erteilt. Ein Schanigarten ist von dieser bescheidmäßigen Genehmigung nicht erfaßt.

Auflagenpunkt 25 lautet:"Das Fenster im Schankbereich muß so ausgeführt werden, daß es durch Unbefugte und während der Betriebszeit nicht geöffnet werden kann".

Auflagenpunkt 27 lautet:"Während der Betriebszeit ist dauernd darauf zu achten, daß die mit einem Selbstschließer ausgestattete Lokaleingangstüre nur während des Durchlasses von Gästen geöffnet ist; ansonsten ist diese geschlossen zu halten".

Auflagenpunkt 29 lautet:"Am Endteil der Verstärkeranlage von Tonbandmaschine, Kassetten-, Radio- und Plattenspielerteil ist ein Lautstärkebegrenzer einzubauen. Dieser ist so einzustellen und zu fixieren, daß bei Musikbetrieb im Lokal in 2 m Entfernung vor dem Lokal im Freien, nachts ein Schalldruckpegel von 45 dB (A) nicht überschritten wird".

Auflagenpunkt 31 lautet:"Eine Ausschank und eine Konsumation außerhalb des Lokales ist untersagt".

Zu Spruchabschnitt A):

Es ist erwiesen und unbestritten, daß der Bw durch das Aufstellen von Fässern, Stehpulten, Sesseln und Hockern bzw. von Stehpulten mit Sonnenschirmen, auf öffentlichem Gut bzw. einer öffentlichen Verkehrsfläche seine Betriebsanlage erweitert und daher geändert hat, ohne daß hiefür eine gewerbebehördliche Genehmigung vorliegt, und daß er diese Erweiterung (Schanigarten) auch durch Ausschank betrieben hat.

Gemäß § 81 Abs.1 GewO 1994 bedarf, wenn es zur Wahrung der in § 74 Abs.2 umschriebenen Interessen erforderlich

ist, auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung iSD vorstehenden Bestimmungen. Diese Genehmigung hat auch die bereits genehmigte Anlage soweit zu umfassen, als es wegen der Änderung zur Wahrung der in § 74 Abs.2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

Diese Bestimmung hat gegenüber der Rechtslage vor der Gewerberechtsnovelle 1992 keine Änderung erfahren. Es wäre daher, weil Nachbarinteressen betroffen wären, eine gewerbebehördliche Genehmigung erforderlich gewesen.

Hingegen ist der Bw mit seiner Rechtsansicht, daß durch die Bestimmung des § 148 Abs.1 GewO (sowohl in der Fassung der GewO-Novelle 1992 als auch der GewO 1994), wonach für Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, jedenfalls von 8.00 bis 22.00 Uhr, von

15.6. bis einschließlich 15.9. bis 23.00 Uhr, betrieben werden dürfen, keine Betriebsanlagengenehmigung mehr erforderlich sei, verfehlt. Die genannte Bestimmung § 148 GewO betrifft nämlich nicht die Errichtung und den Betrieb einer Betriebsanlage, sondern enthält lediglich Vorschriften über die Gewerbeausübung (nämlich in Gastgärten und außerhalb der Betriebsräume). Die genannte Vorschrift ist daher eine Ausübungsvorschrift für eine erlangte Gewerbeberechtigung (hier Berechtigung für die Ausübung des Gastgewerbes). Die Bestimmungen über die Betriebsanlage sind aber von diesen Vorschriften nicht berührt. Im übrigen stellt die Bestimmung des § 148 GewO lediglich eine Sonderregelung zu den sonst getroffenen Sperrstunden nach § 152 GewO oder darauf gegründete Verordnungen dar. Diese Rechtsauffassung liegt im übrigen auch dem vom Bw zitierten Erkenntnis des O.ö. Verwaltungssenates vom 14.7.1994, VwSen-220700/2/Schi/Ka, zugrunde. Das weiters zitierte Erkenntnis des O.ö. Verwaltungssenates vom 28.2.1994, VwSen-220559/12/Lg/Bk, und dessen Verwaltungsübertretungen waren noch nach der Rechtslage vor der Gewerberechtsnovelle 1992 zu beurteilen. Eine rechtliche Ausführung zu der Rechtslage nach der GewO-Novelle 1992 enthält dieses Erkenntnis nicht.

Es hat daher der Bw die vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen objektiv begangen. In subjektiver Hinsicht hat bereits die belangte Behörde Fahrlässigkeit angenommen und zu Recht unter Zugrundelegung des § 5 Abs.1 VStG ausgeführt, daß eine Entlastung nicht gelungen ist. Auch die Berufungsausführungen konnten keinen hinreichenden Nachweis zu einer Entlastung bzw. eines mangelnden Verschuldens bringen, weil einerseits dem Bw als langjährigem gewerberechtlichen Geschäftsführer die Kenntnis der entsprechenden Rechtsvorschriften zugemutet werden kann und ihm auch andererseits zugemutet werden kann, daß er sich bei den einschlägigen Behörden, dazu zählt nicht nur der Magistrat L., sondern auch die einschlägige Fachbehörde, nämlich Landeshauptmann für OÖ beim Amt der o.ö. Landesregierung, Gewerbeabteilung, erkundigt. Im übrigen waren auch den anderen Gewerbetreibenden die entsprechenden Rechtsvorschriften bekannt. Weil aber zumindest eine Sorgfaltswidrigkeit und daher Fahrlässigkeit - wie die belangte Behörde festgestellt hat - gegeben war, hat der Bw die Tat auch schulhaft begangen. Die verhängten Geldstrafen waren entgegen den Berufungsausführungen nicht überhöht, weil die belangte Behörde auf die persönlichen Verhältnisse des Bw, welcher dieser auch nunmehr bestätigte, eingegangen ist, schon auf mehrere rechtskräftige Vorstrafen des Bw hinweisen konnte, ihm sohin die Unbescholtenheit nicht als Milderungsgrund zugutekommt, und mit je 8.000 S noch im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens bis zu 50.000 S liegt. Die festgesetzte Strafe entspricht auch dem Unrechtsgehalt der Tat, zumal durch die Tat insbesondere die schutzwürdigen Interessen der Nachbarn verletzt wurden, welche Interessensverletzung gerade die Schutznorm ausschließen will. Das vom Bw ins Treffen geführte Erkenntnis des O.ö. Verwaltungssenates VwSen-221036/2/Schi/Ka hingegen betrifft überhaupt eine andere Verwaltungsübertretung und kann daher diese Entscheidung nicht als Maßstab herangezogen werden.

Zu Spruchabschnitt B):

Der Bw stellte nunmehr (in der mündlichen Verhandlung) außer Streit, daß entgegen Auflagepunkt 25 das Fenster vorwurfsgemäß (Faktum II)1 nicht entsprechend ausgeführt und geöffnet war. Es waren keine Beschläge vorhanden und konnte das Fenster daher von jedermann geöffnet werden. Es wurde daher die Auflage nicht erfüllt, weshalb der diesbezügliche Spruchabschnitt zu bestätigen war. Auch die diesbezügliche Strafe mußte bestätigt werden, weil neben den Ausführungen zu Punkt 5.3. in diesem Erkenntnis noch hinzukommt, daß bereits einschlägige rechtskräftige Vorstrafen vorhanden sind, welche auch durch Entscheidungen des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich bestätigt wurden. Demnach wurde bereits zumindest eine Geldstrafe von 5.000 S rechtskräftig verhängt. Es war daher die nunmehr festgesetzte Strafe von 6.000 S im Hinblick auf spezialpräventive Gründe aber

also generalpräventive Gründe, nämlich die umliegenden Gewerbetreibenden von einer gleichen Tatbegehung abzuhalten, erforderlich. Auch ist die verhängte Geldstrafe im Hinblick auf den gesetzlichen Strafrahmen nicht überhöht.

Die Nichteinhaltung des Auflagenpunktes 27 gemäß den Tatvorwürfen wurde nicht bestritten und ist daher im Grunde der Ausführungen der belangten Behörde objektiv tatbestandsmäßig. Den Berufungsausführungen, wonach es sich dabei um ein fortgesetztes Delikt handelte, kann im Lichte der Judikatur des VwGH, insbesondere aufgrund des jüngsten Erkenntnisses vom 23.5.1995, 94/04/0267, nicht gefolgt werden. Darin hat der VwGH ausdrücklich festgestellt, daß darunter eine Reihe von gesetzwidrigen Einzelhandlungen zu verstehen sind, die vermöge der Gleichartigkeit der Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines (noch erkennbaren) zeitlichen Zusammenhangs sowie eines diesbezüglichen Gesamtkonzeptes des Täters zu einer Einheit zusammenentreten. Es scheiden daher bloß fahrlässig gesetzte Tathandlungen für die Annahme eines fortgesetzten Deliktes aus. Nur dann, wenn der Täter von vornherein einen Gesamterfolg mit seinen wesentlichen Merkmalen ins Auge gefaßt hat ("Gesamtkonzept"), ist es gerechtfertigt, ihm nur eine einzige Straftat anzulasten. Indem die Behörde festhielt, als Verschuldensform sei Fahrlässigkeit anzunehmen, war es wegen der mangelnden Feststellung der Merkmale eines Gesamtkonzeptes verfehlt, vom Vorliegen eines fortgesetzten Deliktes auszugehen. Im angefochtenen Straferkenntnis ist die belangte Behörde von Fahrlässigkeit ausgegangen und hat im Rahmen der Prüfung des Verschuldens von der Beweislastumkehr gemäß § 5 Abs.1 VStG bei Vorliegen der Fahrlässigkeit Gebrauch gemacht. Im Lichte der vorzitierten Judikatur war daher schon aus diesem Grund sowie auch daraus, daß die Feststellung der wesentlichen Merkmale eines Gesamtkonzeptes fehlten, von Einzeltathandlungen auszugehen und von der Kumulation nach § 22 VStG Gebrauch zu machen. Im übrigen wird auf die Begründungsausführungen der belangten Behörde hingewiesen und auch dieser Entscheidung zugrundegelegt. Mit dem Argument der Erteilung einer Weisung an die Kellner und der zumutbaren Kontrolle konnte der Bw eine Entlastung iS eines mangelnden Verschuldens nicht nachweisen, weil zu den allgemein gehaltenen Berufungsbehauptungen keine konkreten Ausführungen gemacht und keine Beweise angeboten wurden. So hat er sich auch nicht auf eine betraute taugliche Person berufen. Auch wurden keine konkreten Maßnahmen genannt, die unter vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten ließen. Weisungen allein reichen nicht aus. Ein ausreichendes Kontrollsyste wurde nicht dargelegt. Aber auch mit dem Einwand der überhöhten Strafe ist der Bw nicht im Recht, weil unter Bedachtnahme auf die übrigen Strafbemessungsgründe (siehe die vorstehenden Punkte) bereits einschlägige rechtskräftige Vorstrafen vorliegen. Auch hinsichtlich der hier verhängten Geldstrafen ist zu berücksichtigen, daß diese jeweils im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens gelegen sind und aber erforderlich sind, den Bw von einer weiteren Tatbegehung abzuhalten, sowie auch weil generalpräventive Gründe zum Tragen kommen. Dies deshalb, weil gerade in dem Stadtteil, in dem sich auch das gegenständliche Lokal befindet, viele gleichartige Lokale angesiedelt sind und diese von einer Tatbegehung ebenfalls abgehalten werden sollen.

Die Tatbegehung der Nichterfüllung des Auflagenpunktes 29 wurde nicht bestritten und die objektive Tatbestandsmäßigkeit zugestanden. Es wird auf die weitere Begründungsausführung der belangten Behörde im angefochtenen Straferkenntnis hingewiesen. Ein Verschulden war auch nicht ausgeschlossen, weil der Bw nicht alle Maßnahmen gesetzt hat, die eine Lautstärkebegrenzung iSd gewerbebehördlichen Auflagen gewährleisten. Die hiefür verhängte Geldstrafe hingegen ist angesichts der doch sehr erheblichen Lärmüberschreitung nicht überhöht. Auch liegt sie im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens. Es war auch zu berücksichtigen, daß rechtskräftige einschlägige Vorstrafen gegen den Bw vorliegen, und zwar auch beim O.ö. Verwaltungssenat amtsbekannt. Danach wurden bereits aus Vorkommnissen im Jahr 1993 Geldstrafen pro Tatbegehung von 5.000 S verhängt. Es ist daher aus spezialpräventiven Überlegungen eine erhöhte Geldstrafe erforderlich. Auch war hier doch das wesentlich verletzte aber zu berücksichtigende Interesse der schutzwürdigen Nachbarn miteinzubeziehen.

Zu Spruchpunkt C):

Der Berufung wird hinsichtlich der unter Fakten II)3b) und c) angelasteten Verwaltungsübertretungen Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Strafverfahren eingestellt, weil die angelastete Tat keine Verwaltungsübertretung bildet. Es ist nämlich laut Auflagepunkt 29 die Schallbegrenzung "nachts" einzuhalten. Aus dem Tatvorwurf ist nicht ersichtlich, wann die Tat begangen wurde, es fehlt eine Uhrzeit, sodaß eine Zuordnung des

tatsächlichen Vorwurfs zur verletzten Verwaltungsvorschrift nicht möglich ist. Es ist daher die belangte Behörde dem Konkretisierungsgebot gemäß § 44a Z1 VStG nicht nachgekommen. Weil bereits Verfolgungsverjährung eingetreten ist, konnte eine Präzisierung auch nicht nachgeholt werden.

Zu Spruchabschnitt D):

Der Berufung wird hinsichtlich des Fakts II)4) Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren eingestellt, weil die zur Last gelegte Tat keine Verwaltungsübertretung bildet. Weil nämlich ein gewerbebehördlicher Betriebsanlagengenehmigungsbescheid nur die darin enthaltene Betriebsanlage umfaßt, entbehrt die unter Punkt 31 auferlegte Auflage, daß außerhalb des Lokals der Ausschank und die Konsumation untersagt ist, der Rechtsgrundlage. Im übrigen stellt der Sachverhalt der Erweiterung der Betriebsanlage ohne die gewerbebehördliche Betriebsanlagenänderungsgenehmigung und der Betrieb dieser Erweiterung ein selbständiges Delikt gemäß § 366 Abs.1 Z3 GewO dar. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde der Bw auch in dem angefochtenen Straferkenntnis belangt (Fakten I)1) bis 3). Im Unrechtsgehalt dieser Verwaltungsübertretung sind aber alle weiteren Tatbegehungen wie unter diesem Tatvorwurf mitenthalten und von der Bestrafung miterfaßt. Es liegt sohin Konkurrenz vor.

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

© 2026 JUSLINE

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

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