

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/3/15 405-2/96/1/11-2018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.03.2018

## Entscheidungsdatum

15.03.2018

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §366 Abs1 Z3

GewO 1994 §88

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Mag. Siegfried Brandstätter über die Beschwerde des AB AA, pA AF 4, AD AE, vertreten durch AJ Rechtsanwalt GmbH, AM 58, AK AL, gegen den Bescheid der belangten Behörde Bezirkshauptmannschaft St.Johann im Pongau vom 20.09.2017, Zahl xxxxx-2017,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde mit der Maßgabe stattgegeben, als dass die Tatzeit im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses auf die Zeit von „20.6.-24.6.2017, 22.00Uhr“ eingeschränkt und die Strafe auf € 300.- (12 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) reduziert wird.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 64 Abs 2 VStG verringert sich der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Strafverfahrens auf € 30,- und gemäß § 52 Abs 8 VwGVG sind dem Beschwerdeführer keine Kosten für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Mit angefochtenem Straferkenntnis der belangten Behörde wurde dem Beschwerdeführer Folgendes vorgeworfen:

„Angaben zur Tat:

Zeit der Begehung: 19.6.-25.6.2017

Ort der Begehung: gastgewerbliche Betriebsanlage 'Gasthof AF

in AD AE, AT 4

- Sie sind als gewerberechtl. Geschäftsführer der Firma 'Familienhotel AF GmbH' mit Sitz in AD AE AT 4 die die Betriebsanlage 'Familienhotel AF in AD AE AT 4' betreibt und damit gemäß § 370 Gewerbeordnung verantwortliches Organ für die Betriebsanlage 'Familienhotel AF', dafür verantwortlich, dass die genehmigte Betriebsanlage 'Familienhotel AF' ohne die erforderliche Genehmigung durch Anbieten von folgenden Zusatzangeboten geändert wurde:

- Entgegen der gewerbebehördlichen Kenntnisnahme, fand in der 25. Kalenderwoche 19.6.-25.6.2017 in der gastgewerblichen Betriebsanlage 'Gasthof AF' täglich Gastgartenbetrieb mit Musik (Ziehharmonika-Spieler) statt. Zudem am 24.6.2017 eine weitere Musikveranstaltung mit Blechmusik, welche bis 1:30 Uhr gedauert hat.

- Laut Betriebsanlagenakt wurde am 22.4.2012 die Anzeige des Anlagenbetreibers über den Gastgartenbetrieb gem. § 76a GewO zur Kenntnis genommen. Des Weiteren ist lt. ha. Bescheid vom 22.12.2011, Zahl 30402-152/449/121-2011, einmal wöchentlich ein Grillabend der nicht länger als 2 Stunden dauert genehmigt. In der Verhandlungsschrift vom 29.11.2011 Zahl yyy-2011 die dem Bescheid vom 22.12.2011 zugrunde liegt, ist Gegenstand der Verhandlung u.a. die Durchführung eines wöchentlichen Grillabends im Gastgarten mit Musikdarbietung im Sommer von 18:00 bis 22:30 Uhr und Durchführung einer wöchentlichen Après Ski-Musik im Gastgarten von 16:00 bis 21:00 im Winter.

- Durch diese Änderung der Betriebsanlage ist zumindest eine abstrakte Gefährdung, Belästigung und Beeinträchtigung im Sinne des § 81f Gewerbeordnung 1994 gegeben.

Sie haben dadurch folgende Verwaltungsübertretung begangen:

- Übertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 1. Fall GewO 1994, BGBl. 194/1994 idGF.

Deshalb wird gegen Sie folgende Verwaltungsstrafe verhängt:

Strafe gemäß: § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994, BGBl. 194/1994 idGF.

Euro 500,00

Ersatzfreiheitsstrafe: 20 Stunden

Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 64(2) des Verwaltungsstrafgesetzes, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch je € 10,- (je ein Tag Arrest wird gleich € 100,- angerechnet) Euro 50,00

Gesamtbetrag: Euro 550,00“

Dagegen wurde vom rechtsfreundlichen Vertreter fristgerecht Beschwerde eingebracht in der zusammengefasst ausgeführt wurde, dass in diesem Zeitraum eine private Geburtstagsfeier der Seniorchefin des Hotels, die zudem im selben Haus wohnt, abgehalten wurde, jedoch habe weder ein Gastgartenbetrieb mit Musik noch eine sonstige Musikveranstaltung mit Blechmusik stattgefunden. Laut Ansicht der Behörde dürfte ein Gewerbetreibender auf seinem Grundstück keine Geburtstagsfeiern mehr machen, eine Privatperson ohne Betriebsgenehmigung hingegen schon, was eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes bedeuten würde und man müsste für jede private Feier eine Ausnahmegenehmigung einholen. Weiters haben sich während der privaten Geburtstagsfeier keine fremden Gäste bzw. zahlungspflichtige Gäste im Gastgarten befunden, weshalb auch die Betriebsanlagenebene Genehmigung nicht abgeändert worden sei. Das Verfahren der Behörde beruhe rein auf einer schikanösen Anzeige der Nachbarin mit der es seit Jahren immer wieder zu Problemen komme.

Mit Schreiben vom 23.10.2017 wurde die Beschwerde samt Verfahrensakt von der belangten Behörde an das Landesverwaltungsgericht vorgelegt, wobei auf die Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung verzichtet wurde.

Am 8.3.2018 fand vor dem Landesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt in der der Beschwerdeführer sowie dessen rechtsfreundlicher Vertreter angehört wurden. Weiters wurde die Anzeigerin und Nachbarin Frau AR AQ als Zeugin einvernommen. Im Zuge der Verhandlung wurde von der Zeugin ein Datenstick mit Videoaufnahmen über die angezeigten Übertretungen – insbesondere zu den Musikdarbietungen – die von der Zeugin mittels Handy aufgenommen wurden, an den Richter übergeben. Die Videoaufnahmen wurden den Verfahrensparteien in der mündlichen Verhandlung mittels Video-beamer vorgeführt.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat dazu festgestellt und erwogen:

Der Beschuldigte ist gewerberechtl. Geschäftsführer der gewerbebehördlich genehmigten Betriebsanlage (Familienhotel AF) am Standort AT 4 in AD AE. Mit aufrechtem Betriebsanlagenbescheid vom 22.12.2011 sowie

Verhandlungsschrift vom 29.11.2011 wurde für die Sommermonate die Durchführung eines Grillabends pro Woche von 18.00 bis 22.00 Uhr im Freibereich des Gastgartens für Hausgäste (20-50 Personen) mit einer Grillzeit von max. 2 Stunden und jeweils ohne Musikdarbietungen bewilligt. Im Zuge der Anzeige des Gastgartens gemäß § 76a GewO wurde festgelegt, dass der Gastgarten bis 22.00 Uhr betrieben wird und eine Musikdarbietung im Regelfall nicht erfolgt. Es wurden max. 75 Verabreichungsplätze im Gastgarten laut planlicher Darstellung genehmigt und die Beschilderung „Lauteres Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren verboten!“ wird angebracht. Der Gastgarten dient ausschließlich der Verabreichung von Speisen und Getränken.

Festgestellt werden konnte, dass in der KW 25 im Jahr 2017 die Geburtstagsfeierlichkeiten für die Mutter des Beschwerdeführers, die auch Seniorchefin des Hotels ist, sowohl innerhalb der Räumlichkeiten der gewerblichen Betriebsanlage als auch im Bereich des Gastgartens abgehalten wurden. Festgestellt werden konnte, dass am 20.06.2017, um 19.51 Uhr, am 21.6.2017 um 20.28 Uhr und 20.37 Uhr, am 22.06.2017, um 20.42 Uhr, 20.53 Uhr und 22.39 Uhr, am 23.06.2017, um 21.50 und 21.52 Uhr, jeweils Livemusik in Form einer Ziehharmonikaspielerin, die zum Teil durch Gesang der Gäste unterstützt wurde, im Bereich des Gastgartens der Betriebsanlage dargeboten wurde. Festgestellt werden konnte, dass am 24.06.2017, um 18.24 Uhr, 18.33 Uhr und 20.16 Uhr, jeweils Livemusik durch Blechmusik samt Ziehharmonika im Bereich des Gastgartens der gewerblichen Betriebsanlage Hotel AF dargeboten wurde.

Diese Wahrnehmungen wurden durch die anzeigende Nachbarin mittels Videoaufnahmen auf ihrem Mobiltelefon festgehalten und als Beweismittel vorgelegt und auch von der Zeugin in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Der Beschwerdeführer selbst bestätigte die Durchführung der Geburtstagsfeierlichkeiten für seine Mutter in der KW 25 im Jahr 2017, da diese am x.x.2017 ihren 60. Geburtstag feierte, im dargestellter Form und er bestätigte auch, dass es während dieser Woche auch zum Einsatz von Musikanten in Form einer Ziehharmonikaspielerin und eines kleinen Ensembles einer Blechmusik für Musikdarbietungen gekommen ist. Lediglich zur Anzahl und Umfang der Musikdarbietungen widersprach der Beschwerdeführer der Zeugin oder konnte sich nicht mehr genau an die Anzahl bzw. Umfang der Musikdarbietungen erinnern. Bestätigt hat der Beschwerdeführer anlässlich der mündlichen Verhandlung auch, dass die Blechmusik am 24.6.2017, zumindest bis 22.00 Uhr im Gastgartenbereich gespielt hatte. Der Beschwerdeführer führte mehrfach aus, dass er stets davon ausgegangen sei, für private Geburtstagsfeiern keine zusätzliche behördliche Genehmigung zu benötigen und berief sich unter anderem auf eine erteilte Auskunft vom örtlichen Bürgermeister.

Auf Grund der glaubwürdigen Zeugenaussage der Nachbarin und insbesondere aufgrund der vorgelegten Videobeweise zu den vorgeworfenen Musikdarbietungen im Bereich des Gastgartens des AFes, geht das Verwaltungsgericht erwiesener Maßen davon aus, dass zumindest im Zeitraum von 20.6 bis 24.6.2017, 22.00 Uhr, im Bereich des Gastgartens des Hotels AF die angeführten Musikdarbietungen mittels Ziehharmonika und Blechmusik stattgefunden haben. Aufgrund der feierlichen Anlässe hat der Beschwerdeführer als Verantwortlicher der Betriebsanlage Familienhotel AF das Verbot im Gastgarten der Betriebsanlage Musik zu spielen jedoch ignoriert und war der irrigen Meinung, dass private Feiern nicht unter diese Regelung fallen würden.

Der Beschuldigte rechtfertigt sich im Wesentlichen damit, dass zur vorgeworfenen Tatzeit der Gastgarten der Betriebsanlage nicht mehr "gewerblich" betrieben worden sei, sondern es sich um "private" Feiern mit Bekannten und Familienangehörigen gehandelt habe. Weder der Beschuldigte noch die Zeugin bestreiten aber, dass im inkriminierten Zeitraum im Gastgarten des Hotels Livemusik mittels Ziehharmonika und Blechmusik gespielt wurde. Diese Verantwortung wird insbesondere durch die vorgelegten Videoaufnahmen der Zeugin, die auch einvernommen wurde, vollinhaltlich bestätigt.

Im Ergebnis kann der Beschuldigte damit für seinen Standpunkt aus folgenden Erwägungen aber nichts gewinnen:

Im vorliegenden Fall findet sich die Regelung über die Unzulässigkeit von Musikdarbietungen im Gastgarten des Hotels im Spruch des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides vom 22.12.2011, Zl. 30402-152/449/121-2011. Dadurch, dass auch die Verhandlungsschrift vom 29.11.2011, Zl. yyyy-2011 im Spruch des Genehmigungsbescheides als wesentlicher Bestandteil dieses Bescheides Eingang fand, erlangte sie insofern normativen Charakter, als damit während des zulässigen Betriebs des Gastgartens dieser Betriebsanlage gemäß den Vorgaben des § 76a GewO der Gastgarten täglich bis 22.00 Uhr betrieben werden darf und dabei keine Musikdarbietungen erfolgen dürfen. Damit stellt sich aber jeder Betrieb dieser Betriebsanlage außerhalb der genehmigten Betriebszeiten bzw. hier im konkreten die

Abhaltungen von Musikdarbietungen im Gastgarten auch während der Betriebszeiten als eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage dar, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 81 Abs 1 GewO der Genehmigung nach dieser Gesetzesstelle bedarf und, sofern eine solche Genehmigungspflicht gegeben ist, eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 GewO darstellt (VwGH 18.6.1996, 96/04/0050).

Unbestritten ist, dass sich in der gastgewerblichen Betriebsanlage, insbesondere im Bereich des Gastgartens, wobei der Beschuldigte als gewerberechlicher Geschäftsführer fungiert, im Zeitraum vom 20.6. bis 24.6.2017, 22.00 Uhr, im Gastgarten (Live-)Musik dargeboten wurde. Für die rechtliche Zuordnung dieser erheblichen Überschreitung aufgrund der Abhaltung von Feierlichkeiten mit zahlreichen Gästen und Musikdarbietungen im Bereich des Gastgartens des Hotels ist ohne Belang, ob es sich um "private" Feiern des Gewerbetreibenden im Einzelfall gehandelt hat. Wesentlich ist, dass es sich bei der vorliegenden Betriebsanlage um eine örtlich gebundene Einrichtung handelt, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit (hier Gastgewerbe) regelmäßig zu dienen bestimmt ist, was außer Streit steht. Für die Annahme eines Betriebes der gastgewerblichen Betriebsanlage genügt es, dass betriebsfremde Personen den Gastgewerbebetrieb in Anspruch nehmen, sei es nur durch ihren Aufenthalt. Es kommt daher weder darauf an, dass diese Personen vom Gastgewerbetreibenden entgeltlich bewirtet worden sind, noch ob zu diesem Zeitpunkt die Eingangstüre zur Betriebsanlage geschlossen war oder nicht. Ein Gastgewerbetreibender, der eine solche Inanspruchnahme durch Gäste nicht unterbindet, hält den Gastgewerbebetrieb nicht geschlossen (vgl. VwGH 24.10.2001, 99/04/0097 mwN).

Im Übrigen hat der Beschwerdeführer selbst bestätigt, dass während des Tatzeitraumes im Hotel auch zahlreiche „fremde“ Gäste, die nicht zur Geburtstagsfeier geladen waren, einquartiert und in der Betriebsanlage des Beschwerdeführers (samt Gastgarten) bewirtet wurden.

Das Verwaltungsgericht kann der belangten Behörde nicht entgegentreten, dass der vorliegende Betrieb des Gastgartens durch Abhaltung von Musikdarbietungen eine genehmigungspflichtige Änderung der genehmigten Betriebsanlage darstellt. Die Genehmigungspflicht gemäß § 81 Abs 1 GewO ist nämlich bereits dann gegeben, wenn die Änderung grundsätzlich geeignet ist, die in § 74 Abs 2 GewO bezeichneten Beeinträchtigungen hervorzurufen; die Genehmigungspflicht der Änderung besteht schon im Fall der bloßen Möglichkeit einer Beeinträchtigung der in § 74 Abs 2 GewO umschriebenen Interessen (vgl. VwGH 17.04.2012, 2010/04/0007 mwN). Eine tatsächliche Belästigung der Nachbarn – die im konkreten Fall jedoch vorliegt – ist nicht Tatbestandsmerkmal der Genehmigungspflicht.

Für das Verwaltungsgericht steht außer Zweifel, dass die Darbietung von Livemusik und das teilweise Mitsingen und Klatschen der Gäste im Bereich des Gastgartens grundsätzlich geeignet ist, die nächstgelegenen unmittelbar an die Betriebsanlage angrenzenden wohnenden Nachbarn durch Lärm zu belästigen.

Eine Genehmigungspflicht der Betriebsanlage im Sinne des § 81 Abs 1 GewO liegt daher im vorliegenden Sachverhalt jedenfalls vor. Das Vorbringen des Beschuldigten geht vor allem in Hinblick auf den Schutzzweck der Norm ins Leere. Die vorgeworfene Übertretung wird daher als erwiesen angenommen.

Dem Beschuldigten ist dazu jedenfalls fahrlässiges Verschulden anzulasten. Er hätte wissen müssen, dass auch "private" Feiern innerhalb der Räumlichkeiten und im Bereich des Gastgartens der Betriebsanlage zuzurechnen sind.

Durch die Einsichtnahme in die aufgenommenen Videobeweise zu den vorgeworfenen Musikdarbietungen wird ausgeführt, dass auf diesen Aufnahmen kein Recht am eigenen Bild des Beschwerdeführers verletzt wurde, da auf den Aufnahmen keine Personen aufgenommen wurden und daher sein Persönlichkeitsrecht nicht verletzt wurde.

Was den Hinweis des Beschwerdeführers auf das Erkenntnis des LVwG Salzburg vom 22.5.2017, Zl. 405-2/8/1/2-2017, betrifft, so ist daraus für das gegenständliche Verfahren nichts zu gewinnen, da die damalige Einstellung des Verfahrens aufgrund der fehlerhaften rechtlichen Anlastung der vorgeworfenen Übertretung bezüglich eines Grillabends mit Musik beruhte und somit eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Tatvorwurf gar nicht erfolgt ist.

Zur Strafbemessung ist festzuhalten:

Gemäß § 19 Abs 1 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 dieser Norm sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und ist auf das Ausmaß des

Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden und die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 ist für die vorgeworfene Übertretung die Verhängung einer Geldstrafe bis zu € 3.600 vorgesehen. Es ist von einem nicht mehr unbedeutenden Unrechtsgehalt auszugehen, zumal sich die Musikdarbietungen im Gastgarten über mehrere Tage – zwar nicht durchgehend - erstreckten und es zu tatsächlichen Tatfolgen (Lärmbelästigung von Nachbarn samt Anzeige) gekommen ist.

Bei der subjektiven Strafbemessung wird die bisherige Unbescholtenheit des Beschuldigten als mildernd gewertet. Strafmildern konnte auch gewertet werden, dass der Beschuldigte zumindest den Versuch - wenn auch beim unzuständigen Bürgermeister - unternommen hat, sich über nötige Genehmigungen zu informieren. Weiters zeigte der Beschwerdeführer gegenüber der Nachbarin auch Gesprächsbereitschaft zur Vermeidung zukünftiger Probleme. Vom Beschuldigten wurden keine Angaben zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen bekannt gegeben, weshalb von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen ausgegangen wird. Aufgrund der Einschränkung des Tatzeitraumes sowie der Milderungsgründe konnte die Geldstrafe entsprechend reduziert werden.

Insgesamt erweist sich die mit € 300.- ohnedies noch im untersten Bereich des Strafrahmens verhängte Geldstrafe bei Berücksichtigung des angeführten Unrechtsgehaltes nicht als unangemessen. Gegen eine weitere Strafherabsetzung sprechen vor allem auch spezialpräventive Erwägungen, um den Beschuldigten in Hinkunft von gleichgelagerten Übertretungen wirksam abzuhalten.

Der Abspruch über die Kosten stützt sich auf die angeführten gesetzlichen Grundlagen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind dem Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs 8 VwGVG nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist. Außerdem verringert sich der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens gemäß § 64 Abs 2 VStG auf 10% der nunmehr herabgesetzten Strafe.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **Schlagworte**

Gewerbeordnung, Genehmigungspflicht, Musik, Lärm, Gastgarten, Belästigung, Beeinträchtigung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGS:2018:405.2.96.1.11.2018

### **Zuletzt aktualisiert am**

11.11.2019

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwg Salzburg, <https://www.salzburg.gv.at/lvwg>

© 2024 JUSLINE

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

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