

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/1/12 405-2/94/1/9-2018

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.01.2018

## Entscheidungsdatum

12.01.2018

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §366 Abs1 Z3

GewO 1994 §365 Z25

GewO 1994 §81 Abs1

GewO 1994 §74 Abs2 Z2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Mag. Siegfried Brandstätter über die Beschwerde des AB AA, AF-Straße, AE, gegen den Bescheid der belangten Behörde, Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg, Strafamt vom 25.09.2017, Zahl xxxx,

zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.
- II. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 120.- zu leisten.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Dem Beschuldigten wurden mit angefochtenem Straferkenntnis der belangten Behörde folgende Verwaltungsübertretungen vorgeworfen:

„ a) Herr AB AA, geb. AC, hat als der gemäß § 370 der Gewerbeordnung

1994 verantwortliche gewerberechtliche Geschäftsführer der „EE FF GmbH“ zu verantworten, dass der nachstehend angeführte mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 06.02.2014, Zi.: yyyy, gemäß den Bestimmungen des § 359b Gewerbeordnung 1994 vorgeschriebene Auftrag in der gewerbebehördlich genehmigen

Betriebsanlage eines Gastgewerbes gemäß § 94 Z. 26 GewO 1994 in der Betriebsart: Imbisslokal am Standort in LL, GG-Straße zumindest vom 29.07.2017 bis 05.08.2017 nicht eingehalten wurde, da sich am

- 29.07.2017 um 00:30 Uhr noch 4 Gäste,
- 30.07.2017 um 00:25 Uhr noch 3 Gäste und am
- 05.08.2017 um 00:45 Uhr noch 4 Gäste

auf der dem Gastlokal zugeordneten Gastgartenfläche aufhielten und Getränke konsumierten und rauchten, obwohl im Spruch des zitierten Betriebsanlagengenehmigungsbescheides für den Betrieb der Anlage folgende Auflage rechtsgültig vorgeschrieben wurde:

I.

Dem Ansuchen der EE FF GmbH vom 22.7.2013 wird stattgegeben und gemäß § 359b Abs. 2 und § 8 GewO 1994 iVm. § 1 Z. 1 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der Arten von Betriebsanlagen bezeichnet werden, die dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zu unterziehen sind, BGBl. Nr. 850/1994, sowie § 93 Abs. 2 und 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994 idGf., festgestellt, dass die gegenständliche Betriebsanlage durch diverse Änderungen im bestehenden Gastlokal „FF“:

- Erweiterung der Öffnungszeiten bis 02.00 Uhr
- Änderung der Betriebsart auf Restaurant
- Hinzunahme von 2 Kühlschränken, Fritteuse und Kaffeevollautomat,

am Standort LL, GG-Straße, die Beschaffenheit gemäß § 359b GewO 1994 aufweist.

B.

Zum Schutz der gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen werden dem Inhaber der Betriebsanlage nachfolgende Aufträge erteilt:

4.

In der Zeit von 00.00 bis 02.00 früh (Öffnungszeitende) ist durch den Betreiber dafür Sorge zu tragen, dass sich keine Gäste für das Einnehmen von Getränken bzw. Rauchzwecken vor dem Gastlokal bzw. auf der dem Gastlokal zugeordneten Gastgartenfläche aufhalten.

b) Herr AB AA, geb. AC, hat als der gemäß § 370 der Gewerbeordnung 1994 verantwortliche gewerberechtliche Geschäftsführer der „EE FF GmbH“ zu verantworten, dass die mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 04.10.2006, Zl.: zzzzz und mit Betriebsanlagenänderungsbescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 06.02.2014, Zl.: yyyy, gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlage eines Gastgewerbes gemäß § 94 Z. 26 GewO 1994 in der Betriebsart: Imbisslokal am Standort in Salzburg, GG-Straße, vom 28.07.2017 bis 07.08.2017 insofern in genehmigungspflichtiger Form nach Änderung betrieben wurde, als am

- 28.07.2017 um ca. 20:00 Uhr 10 Tische (+ 1 zusätzlicher Stehtisch) und 44 Sessel,
- 29.07.2017 um ca. 21:00 Uhr 11 Tische (+ 1 zusätzlicher Stehtisch) und 45 Sessel,
- 31.07.2017 um ca. 21.30 Uhr 10 Tische (+ 1 zusätzlicher Stehtisch) und 42 Sessel,
- 01.08.2017 um ca. 20.00 Uhr 10 Tische und 42 Sessel,
- 03.08.2017 um ca. 20:30 Uhr 10 Tische und 44 Sessel,
- 04.08.2017 um ca. 17:45 Uhr 13 Tische und 50 Sessel und am

- 07.08.2017 um ca. 17:45 Uhr 7 Tische und 30 Sessel und um ca. 20:15 Uhr 10 Tische und 40 Sessel aufgestellt waren, ohne im Besitz der hiefür erforderlichen Genehmigung nach § 81 Gewerbeordnung 1994 gewesen zu sein, obwohl der Betrieb der Anlage in der geänderten Form geeignet war, Nachbarn im Bereich GG-Straße durch Lärm, verursacht durch die Erhöhung der Verabreichungsplätze im Gastgarten und damit auch eine Erhöhung der Gästezahl, zu belästigen.

Mit Betriebsanlagengenehmigungsänderungsbescheid vom 06.02.2014, Zl.: yyyy in Verbindung mit der Betriebsbeschreibung - ON 17 - Grundrissplan - welche einen wesentlichen Bestandteil des Bescheides bildet, wurde antragsgemäß die Bestuhlung des Gastgartens wie folgt genehmigt:

6 Tische und 24 Stühle bis 19:00 Uhr und ab 19:00 Uhr zusätzlich noch 2 Tische und 8 Stühle.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

a)

§ 367 Z. 25 Gewerbeordnung 1994 i.d.g.F. i.V.m. dem Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 06.02.2014, Zahl: yyyy, Spruchpunkt I.B.4.

b)

§ 366 Abs. 1 Z. 3 zweiter Fall i.V.m. §§ 81 Abs. 1 und 74 Abs. 2 Z. 2 Gewerbeordnung 1994 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung werden über Sie folgende Strafen verhängt:

zu a) 200,00 Euro gemäß § 367 Einleitungssatz GewO 1994; falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 6 Stunden;

zu b) 400,00 Euro gemäß § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994; falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 12 Stunden.

Weitere Verfügungen (z.B.: Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft): Keine

Ferner haben Sie gemäß § 64 Abs. 2 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu zahlen.

Im gegenständlichen Fall beträgt somit der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 60,00 Euro.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher:

660,00 Euro."

Dagegen wurde fristgerecht Beschwerde erhoben in der die Tatvorwürfe der Behörde bestritten wurden. Das Ergebnis des Verfahrens beruhe lediglich auf einem mangelhaften Ermittlungsverfahren sowie auf der mutwilligen Anzeige der Nachbarin. Der Beschuldigte könne zwar zu den Tatvorwürfen keine Auskunft erteilen, da er selbst zu den Tatzeiten nicht vor Ort gewesen sei, jedoch habe ihm das Betreiberehepaar des Lokals versichert, stets alle Vorschriften und Auflagen einzuhalten.

Am 22.12.2017 wurde vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg eine öffentlich mündliche Verhandlung durchgeführt in der der Beschwerdeführer angehört sowie die Zeugen AH und MM AG sowie der Zeuge AL AK einvernommen wurden.

Die belangte Behörde hat auf eine Teilnahme an der Verhandlung verzichtet.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat dazu festgestellt und erwogen:

Der Beschwerdeführer war zur Tatzeit verantwortlicher gewerberechtlicher Geschäftsführer des Gastgewerbetriebes, Betriebsart Imbisslokal, EE FF GmbH, LL, GG-Straße.

Mit Betriebsanlagengenehmigungsänderungsbescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 06.02.2014, Zl.: yyyy, wurde dem Inhaber der Betriebsanlage unter Punkt B. 4. zum Schutz der gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 wahrzunehmenden Interessen der Auftrag erteilt, dass in der Zeit von 00.00 bis 02.00 früh (Öffnungszeitende) durch den Betreiber dafür Sorge zu tragen ist, dass sich keine Gäste für das Einnehmen von Getränken bzw. Rauchzwecken vor dem Gastlokal bzw. auf der dem Gastlokal zugeordneten Gastgartenfläche aufhalten.

Mit Betriebsanlagengenehmigungsänderungsbescheid vom 06.02.2014, Zl.: yyyy in Verbindung mit der Betriebsbeschreibung Grundrissplan (ON 17) welche einen wesentlichen Bestandteil des Bescheides bildet, wurde die Bestuhlung des Gastgartens wie folgt genehmigt:

6 Tische und 24 Stühle bis 19:00 Uhr und ab 19:00 Uhr zusätzlich noch 2 Tische und 8 Stühle.

Die Lage und Anordnung der Tische und Stühle ist dem Lageplan ON 17 entnehmbar.

Festgestellt werden konnte, dass sich am 29.07.2017 um 00:30 Uhr noch 4 Gäste, am 30.07.2017 um 00:25 Uhr noch 3 Gäste und am 05.08.2017 um 00:45 Uhr noch 4 Gäste auf der dem Gastlokal zugeordneten Gastgartenfläche aufhielten und dabei Getränke konsumierten und rauchten.

Festgestellt werden konnte, dass im Gastgarten des gegenständlichen Lokales jeweils am 28.07.2017 um ca. 20:00 Uhr 10 Tische (+ 1 zusätzlicher Stehtisch) und 44 Sessel, 29.07.2017 um ca. 21:00 Uhr 11 Tische (+ 1 zusätzlicher Stehtisch) und 45 Sessel, 31.07.2017 um ca. 21.30 Uhr 10 Tische (+ 1 zusätzlicher Stehtisch) und 42 Sessel, 01.08.2017 um ca. 20.00 Uhr 10 Tische und 42 Sessel, 03.08.2017 um ca. 20:30 Uhr 10 Tische und 44 Sessel, 04.08.2017 um ca. 17:45 Uhr 13 Tische und 50 Sessel und am 07.08.2017 um ca. 17:45 Uhr 7 Tische und 30 Sessel und um ca. 20:15 Uhr 10 Tische und 40 Sessel aufgestellt waren.

Diese Sachverhaltsfeststellungen konnten aufgrund der unbedenklichen Aktenlage sowie anhand der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sowie der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg getroffen werden.

Die angeführten Übertretungen wurden von der Zeugin AG AH, die an der nahegelegenen Adresse GG-Straße, 3. Stock, wohnhaft ist, wahrgenommen und zur Anzeige gebracht. Die Zeugin hatte die Übertretungen entweder von ihrem Fenster der Wohnung aus oder auch beim direkten Vorbeigehen am Gastgarten wahrgenommen und sich Notizen gemacht. Bezuglich der Wahrnehmungen, dass sich nach der Sperrstunde noch Gäste im Gastgarten aufgehalten hatten und dort Getränke konsumiert und geraucht hatten, konnte die Zeugin konkrete und nachvollziehbare Angaben machen und schildern, dass der Gastgarten von ihrer Wohnung aus gut einsehbar ist. Die Zeugin berichtete glaubwürdig, dass sie Gäste des Lokals erkennen konnte, die sich zum Teil angeregt und lautstark unterhielten und dabei noch Getränke konsumierten und zum Teil Zigaretten rauchten. Der Einwand des Betreibers, dass man bei ausgefahrener Markise gar keine Sicht auf den Gastgarten habe, konnte sowohl die Zeugin AG AH als auch der Zeuge AG MM entkräften, zumal die Zeugen glaubwürdig schildern konnten, dass durch die Markise nur ein kleiner Teil der Sicht auf den Gastgarten eingeschränkt werde und die Zeugin auch angab, dass sie auch nur die Anzahl von wahrgenommenen Gästen angab, die sie auch tatsächlich selbst wahrgenommen hatte; beide Zeugen räumten ein, dass möglicherweise sogar noch mehr Gäste anwesend sein konnten. Weder der Beschwerdeführer noch der Betreiber waren selbst in der Wohnung der Zeugen gewesen und konnten daher auch keine Beurteilung der Sichtverhältnisse von der Wohnung aus vornehmen. Das Vorbringen des Betreibers, dass es sich bei den betreffenden Gästen jedes Mal um fremde Gäste von einem benachbarten Hotel gehandelt haben könnte, wird vom Gericht als Schutzbehauptung gewertet.

Auch der Erklärungsversuch des Betreibers, dass ein Aufenthalt von Gästen im Gastgarten schon deshalb nicht möglich sei, weil laut seinen Rechnungen an den Tagen die jeweils letzte Rechnung kurz vor Mitternacht ausgestellt worden sei, war nicht schlüssig, da sich Gäste auch noch nach Bezahlung ihrer Rechnung eine Zeit lang im Lokal oder im Gastgarten aufhalten können und ihre Getränke konsumieren oder dabei rauchen, bevor sie endgültig das Lokal bzw. den Gastgarten des Lokals verlassen. Zudem konnte weder der Beschwerdeführer noch der Betreiber die besagten Rechnungen als Beweismittel vorlegen.

Auch die Ausführungen der Zeugin bezüglich der Wahrnehmungen zur Anzahl der aufgestellten Tische und Sessel im Gastgarten des Lokals, erschienen für das Gericht durchaus plausibel und glaubwürdig. Die Zeugin kennt als langjährige Nachbarin und ehemaliger Stammgast sowohl die tatsächliche als auch die behördlich genehmigte Situation zur Zahl der bewilligten Verabreichungsplätze. Sie konnte auch glaubwürdig schildern, wie sie innerhalb einer kurzen Zeitspanne - quasi im Vorbeigehen oder durch kurzes Verweilen - die tatsächliche Anzahl an Tischen und Sessel feststellen und zur Anzeige bringen konnte.

Auch der Einwand des Betreibers, dass die Zeugin die genehmigten Tische, die aus jeweils zwei Einzeltischen bestehen, nur deshalb doppelt gezählt habe, weil die Tische eventuell einen Spalt auseinandergestellt waren, konnte die Zeugin einwandfrei entkräften; ihr war auch bekannt, dass es sich bei den genehmigten Tischen um jeweils zwei Einzeltische handelt, jedoch habe sie nur zusätzlich aufgestellt Tische und Sessel gezählt. Fakt ist auch, dass im Gastgarten zusätzlich Stehtische aufgestellt waren, die ebenfalls nicht von der Genehmigung umfasst waren.

Die Zeugen AG AH und MM vermittelten einen glaubwürdigen und besonnenen Eindruck, sodass hinsichtlich des Wahrheitsgehalts ihrer Aussagen keine Bedenken bestehen. Zudem vermochte der Beschwerdeführer, der laut

eigenen Angaben zu keiner Tatzeit im Lokal anwesend war und daher auch gar keine konkreten Ausführungen machen konnte, die Vorwürfe nicht zu entkräften. Für das erkennende Gericht war die obige Sachverhaltsfeststellung daher als erwiesen anzusehen.

Rechtslage:

Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, idGf. - GewO - lauten wie folgt:

#### Strafbestimmungen

§ 366. (1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer

1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben;
2. eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt;
3. eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f);

...

§ 367. Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2 180 € zu bestrafen ist, begeht, wer...

25. Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs. 1 oder § 84m erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 und 359b in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen oder Aufträge nicht einhält.

§ 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.

§ 74. (1) Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

(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, BGBI. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittägigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBI. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittägigen eingetragenen Partners, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufzusuchen, 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.

...

Erwägungen:

Zum Aufenthalt von Gästen im Gastgarten nach der Sperrstunde:

Die Nichteinhaltung einer vorgeschriebenen Auflage im Sinne des § 367 Z 25 GewO ist nämlich, wenn mehrere gesetzwidrige Einzelhandlungen vorliegen, die vermöge der Gleichartigkeit der Begehnungsform sowie der äußereren

Begleitumstände im Rahmen eines (noch erkennbaren) zeitlichen Zusammenhangs sowie des diesbezüglichen Gesamtkonzeptes des Täters stehen, als fortgesetztes Delikt zu werten (vgl. auch VwGH vom 10.09. 1991, 88/04/0311, u. a.).

Da § 367 Z 25 GewO auf die in den Betriebsanlagengenehmigungsbescheiden vorgeschriebenen Auflagen und Aufträge verweist, wird das jeweilige, in einem solchen Bescheid enthaltene Gebot oder Verbot Teil des Straftatbestandes. Dies setzt voraus, dass derartige Auflagen so klar gefasst sind, dass sie dem Verpflichteten jederzeit die Grenzen seines Verhaltens und damit die Einhaltung der Auflagen zweifelsfrei erkennen lassen (VwGH vom 22. Mai 2003, 2001/04/0188; 11.11.1998, 98/04/0034).

Der beschwerdegegenständlichen Auflagenpunkt B.4. erfüllt dieses Bestimmtheitserfordernis. Da der Beschwerdeführer nicht Sorge getragen hat, dass sich zwischen 00.00 und 02.00 Uhr zu den jeweiligen Tatzeiten noch Gäste im Gastgarten des Lokales aufgehalten haben und dabei rauchten und Getränke konsumierten, hat der Beschwerdeführer gegen diesen Auflagenpunkt verstoßen. Im Zusammenhang mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens ist daher festzustellen, dass der objektive Tatbestand der unter Spruchpunkt a) des angefochtenen Straferkenntnisses zur Last gelegten Verwaltungsübertretung als verwirklicht anzusehen ist.

Zur Erhöhung der Verabreichungsplätze im Gastgarten:

Das Verwaltungsgericht kann der belangten Behörde nicht entgegentreten, dass die vorgeworfene geänderte Betriebsweise, nämlich die Erhöhung der genehmigten Anzahl der Verabreichungsplätze im Gastgarten in der Zeit vom 28.07. bis 07.08.2017, 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).

Mit Betriebsanlagengenehmigungsänderungsbescheid vom 06.02.2014, Zl.: yyyyyy in Verbindung mit der Betriebsbeschreibung Grundrissplan (ON 17) welche einen wesentlichen Bestandteil des Bescheides bildet, wurde die Bestuhlung des Gastgartens wie folgt genehmigt:

6 Tische und 24 Stühle bis 19:00 Uhr und ab 19:00 Uhr zusätzlich noch 2 Tische und 8 Stühle. Der Betrieb des Gastgartens dieser Betriebsanlage ist daher nur im Rahmen der genannten Anzahl von Tischen und Stühlen (ds. Verabreichungsplätze) genehmigt. Jeder Betrieb außerhalb der genehmigten Anzahl von Verabreichungsplätzen stellt eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage dar, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 81 Abs 1 GewO einer Genehmigung 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).

Eine tatsächliche Belästigung der Nachbarn ist nicht Tatbestandsmerkmal der Genehmigungspflicht. Durch die Einhaltung der Anzahl der Verabreichungsplätze sollte jedenfalls sichergestellt werden, dass beim Betrieb von gewerblichen Betriebsanlagen negative Auswirkungen gem. § 74 Abs 2 GewO möglichst gering gehalten werden.

Eine Erhöhung der Anzahl der Verabreichungsplätze ist grundsätzlich geeignet, Nachbarschaftsinteressen, insbesondere im Hinblick auf Lärm, zu berühren. Die Erhöhung der Anzahl der Verabreichungsplätze hätte daher einer Änderungsgenehmigung gemäß § 81 GewO bedurft, weshalb der objektive Tatbestand der gegenständlichen Verwaltungsübertretung als erfüllt anzusehen ist.

Zur Strafbemessung ist festzuhalten:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Abs 2 leg cit 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- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Es ist von einem nicht mehr unbedeutenden Unrechtsgehalt auszugehen, zumal derartige Abänderungen der Betriebsanlage durch die Erhöhung der Anzahl der Verabreichungsplätze sowie die Nichteinhaltung von Auflagen durch das Verweilen lassen von Gästen im Gastgarten nach der Sperrstunde nicht mehr geringfügig sind und es dadurch auch mehrfach zu Beschwerden seitens der Nachbarn gekommen ist.

Die erstinstanzlich verhängten Strafbeträge befinden sich für a.) mit € 200.- (Ersatzfreiheitstrafe 30 Stunden) und für b.) € 400.- (Ersatzfreiheitsstrafe 36 Stunden) im unteren des hiefür gemäß § 366 Abs. 1 GewO vorgesehenen Strafrahmens von bis zu €3.600.- bzw. für § 367 GewO bis zu €2.180.- und entspricht damit der Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und seiner Bedeutung durch die vorliegenden Übertretungen, und wird vom Landesverwaltungsgericht auch nach wie vor als in jeder Hinsicht angemessen erachtet. Bei Prüfung der subjektiven Strafzumessungskriterien gemäß § 19 Abs 2 VStG sind Milderungsgründe nicht hervorgekommen, das Vorliegen zweier einschlägiger verwaltungsstrafrechtlicher Vormerkungen wird als erschwerend bewertet. Unter weiterer Bedachtnahme auf die zumindest fahrlässige Begehung der Übertretungen bieten auch die im Ergebnis als durchschnittlich zu wertenden persönlichen Verhältnisse keinen Ansatzpunkt für eine weitere Herabsetzung der behördlich festgesetzten Geldstrafe. Es gehört zur Sorgfaltspflicht eines am Wirtschaftsleben Teilnehmenden, dass er sich um die Einhaltung der vorgeschriebenen Auflagen kümmert und zumindest geeignete Erkundigungen über die maßgeblichen Rechtsvorschriften im Falle einer Abänderung seines genehmigten Gewerbebetriebes einholt bzw sich in geeigneter Weise, insbesondere durch Rückfrage bei der zuständigen Behörde über die Rechtslage informiert.

Die gegenständlich verhängte Strafe erweist sich sohin keinesfalls als unangemessen und ist geradezu erforderlich, um den Beschuldigten und die Allgemeinheit in Hinkunft von gleichgelagerten Übertretungen wirksam abzuhalten und einer gänzlichen Aushöhlung des Verwaltungsstrafrechts entgegenzuwirken.

Die Beschwerde war daher im Ergebnis als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet in den zitierten Gesetzesbestimmungen. Diesen zufolge ist der von einem Bestraften zu leistende Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren mit jeweils 20 Prozent der verhängten Strafe zu bemessen.

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**

Gewerberecht, GewO, Betrieb der Betriebsanlage, geänderte Form, mehr Verabreichungsplätze, Nichteinhaltung von Auflagen, Verweilen der Gäste, Gastgarten, Sperrstunde

## **Anmerkung**

ao Revision erhoben, VwGH vom 21.11.2018, Ra 2018/04/0088-3, Zurückweisung

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

ECLI:AT:LVWGSA:2018:405.2.94.1.9.2018

## **Zuletzt aktualisiert am**

11.11.2019

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