

# TE Lwvg Erkenntnis 2019/5/9 405-2/160/1/11-2019

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.05.2019

## Entscheidungsdatum

09.05.2019

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §366 Abs1 Z3

GewO 1994 §81

GewO 1994 §370

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg erkennt durch die Richterin Mag. Ulrike Seidel über die Beschwerde von Herrn AB AA, AF 5, AD AE, vertreten durch Rechtsanwalt AG, AJ 22A/II/12, AH AI, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg (belangte Behörde) vom 14.02.2019, Zahl xxx,

zu R e c h t:

- I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
- II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von € 60,- zu leisten.
- III. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

1. Verfahrensgang:

1.1.

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde Herrn AB AA als gemäß§§ 370 GewO verantwortlicher gewerberechtlicher Geschäftsführer der AT GmbH zur Last gelegt, dass von dieser Gesellschaft die gewerbebehördlich genehmigte Betriebsanlage eines Gastgewerbes in der Betriebsart „Kaffeerestaurant“ am Standort Salzburg, AU 21 zumindest am 17.12.2018 insofern in genehmigungspflichtiger Form nach Änderung betrieben worden sei, als festgestellt worden sei, dass entgegen dem Grundrissplan EG, KG – ON 10 – als wesentlichem Bestandteil des Bescheides des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 08.07.2010 (Zahl yyy) „das genehmigte Geschäftslokal im EG einer gastgewerblichen Nutzung zugeführt“ worden sei, obwohl der Betrieb der Anlage in der geänderter Form geeignet sei, Nachbarn durch Lärm, verursacht durch die Erweiterung des Gastlokales, zu belästigen.

Er habe dadurch eine Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 3 zweiter Fall iVm §§ 81 Abs 1 und 74 Abs 2 Z 2 GewO begangen. Es wurde eine Geldstrafe gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO in der Höhe von € 300,- (Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag 3 Stunden) zuzüglich Verfahrenskosten in der Höhe von € 30,- somit gesamt € 330,- verhängt.

In der Begründung wurde das Verfahren vor der belangten Behörde beginnend mit der Anzeige vom 17.12.2018, dem Einspruch gegen die Strafverfügung vom 02.01.2019, der Rechtfertigung mit Schreiben vom 04.02.2019 und der Stellungnahme der Gewerbebehörde vom 11.02.2019 wiedergeben und in rechtlicher Hinsicht zusammengefasst ausgeführt, dass sich aus dem Mietvertrag vom 28.09.2018, Seite 2 ergäbe, dass zwischen Lokal und Geschäftsräumlichkeiten unterschieden werde und sich eines der zwei Geschäftslokale im Erdgeschoß befände. Die Räumlichkeiten im Erdgeschoß bestünden danach aus: Flur, Lokal, Küche, Podest zum Treppenabgang und Geschäftsräumlichkeiten mit einer Nutzfläche von insgesamt 206,68 m<sup>2</sup>. Der Beschuldigte sei als gewerberechtl. Geschäftsführer für die Einhaltung der gewerberechtl. Vorschriften somit auch für die Einhaltung des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides verantwortlich. Gemäß § 74 Abs 2 begründe schon die grundsätzliche Eignung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der dort genannten Personen die Genehmigungspflicht der Betriebsanlage; sie sei immer schon dann gegeben, wenn solche Einwirkungen nicht auszuschließen seien. Aufgrund des geschilderten Sachverhalts habe die Behörde nur zu einem Schuldspruch gelangen können. Zur Strafbemessung wurde ausgeführt, dass von Fahrlässigkeit als Verschulden auszugehen sei, die bisherige Unbescholtenheit mildernd gewertet und von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen ausgegangen worden sei.

1.2.

Mit Schriftsatz vom 18.03.2019 erhob Herr AB AA rechtsfreundlich vertreten Beschwerde und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Als Beschwerdegründe wurden zusammengefasst vorgebracht, dass das gegenständliche Geschäftslokal mit Mietvertrag vom 28.09.2018 (Verweis auf die Beilage im Akt) in jenem Umfang angemietet worden sei, wie es auch von den beiden Vormietern gewerberechtlich als Gastronomiebetrieb in der Betriebsform eines Kaffee-Restaurants bzw. Espressos ohne behördliche Beanstandungen genutzt worden sei, mit dem Vorhaben, die gleichen Flächen in gleicher Weise zu nutzen. Weder der Beschwerdeführer noch Mitarbeiter der Gesellschaft hätten Anhaltspunkte dafür gehabt, dass der Betrieb der nunmehrigen Betriebsanlage eine Änderung des genehmigten Betriebes darstelle, welche neuerlich zu genehmigen sei. Die belangte Behörde verweise auf Seite 2 des Mietvertrages und auf die Unterscheidung zwischen Lokal und Geschäftsräumlichkeiten. Aus Punkt VII „Bestandszweck“ ergäbe sich allerdings zweifelsfrei, dass die Vermietung des Bestandsobjektes als Gastronomielokal sowie für den Betrieb eines Unterhaltungs- und Freizeitlokales in seinem gesamten Flächenausmaß (EG und KG) als Gastronomielokal erfolgt sei. Die Bezeichnung eines Raumes als „Lokal“ diene tatsächlich nur als Raumbezeichnung, nicht jedoch als Bezeichnung des einzigen Ortes der Ausübung der Gastronomie. Schließlich seien von einer solchen Konzession zB auch die Küche und WC-Anlagen umfasst, ohne die die Ausübung der Gastronomiekonzession nicht möglich wäre. Die belangte Behörde habe sich somit nicht mit allen im Mietvertrag enthaltenen Bestimmungen auseinandergesetzt, sondern nur isoliert den Absatz auf Seite 2 herangezogen.

Der Beschwerdeführer sei erst durch die Behörde darauf aufmerksam gemacht worden, dass nicht alle Räumlichkeiten von der Bewilligung umfasst seien. Er habe umgehend seinen Rechtsvertreter zur Erstellung aller erforderlichen Unterlagen und zur Stellung der Anträge beauftragt. Am 19.02.2019 habe ein Lokalausweis stattgefunden und seien die entsprechenden Bewilligungen samt Auflagen durch Verkündung des in der Niederschrift protokollierten Bescheides erteilt worden. Es lägen somit auch keine general- noch spezialpräventiven Gründe für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe vor.

Voraussetzung für ein fahrlässiges Vorgehen des Beschwerdeführers sei, dass er neben der Kenntnis der gewerbebehördlichen Bestimmungen auch Kenntnis der wahren Umstände erlangen habe können und damit die entsprechenden Anzeigen erstatten habe können. Von Vermieterseite sei das Geschäftslokal zur Gänze zu Gastronomiezwecken vermietet worden. Behördliche Beanstandungen zur Ausübung des Gastgewerbes habe es bei den Vorbetreibern nicht gegeben und würden sich auch nicht aus dem Behördenakt ergeben. Die Besichtigung des Geschäftslokales vor Mietvertragsabschluss hätte auch keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass Bewilligungen fehlen könnten.

Darüber hinaus sei eine Lärmbelästigung schon deshalb ausgeschlossen, weil im gegenständlichen Geschäftslokal unter anderem Pokerspiele veranstaltet würden, bei denen lediglich eine leise Hintergrundmusik möglich sei, um die Konzentration der anwesenden Spieler nicht zu beeinträchtigen. Laute Musik und Poker-Spiele würden sich nicht miteinander vereinbaren lassen. Der gewerbetechnische Amtssachverständige habe anlässlich eines Lokalausweises am 17.12.2018 im Hinblick auf den Nachbarnschutz festgehalten, dass aufgrund der Bestandssituation und der vorgenommenen Änderungen sowie der Erfahrung eines gleichwertigen Betriebes eine Genehmigungsfähigkeit bei entsprechender Einreichung gegeben sei. Er habe damit schon die Eignung des Betriebes zur unzulässigen Lärmbelästigung der Nachbarn ausgeschlossen, sodass der Sachverständige lediglich von Genehmigungsfähigkeit, nicht jedoch von Genehmigungspflicht gesprochen habe, womit bereits die grundsätzliche Eignung zur Lärmbelästigung nicht gegeben sei. Ungeachtet dessen sei das Geschäftslokal bereits zuvor als Betriebsanlage für die Ausübung der Gastgewerbekonzession bewilligt und verwendet worden, sodass sich keine Änderung in Bezug auf die bisher möglichen Gefährdungen ergeben würden, wegen derer jedoch keine gewerbebehördlichen Beanstandungen erfolgt seien. Der bautechnische Amtssachverständige habe festgestellt, dass nach Durchführung der notwendigen Adaptierungen die Betriebsanlage aus bautechnischer Sicht genehmigt werden könnte. Er habe festgehalten, dass das genehmigte Geschäftslokal im EG einer gastgewerblichen Nutzung zugeführt worden sei.

Der Tatvorwurf entbehre somit einer entsprechenden Sachverhaltsgrundlage und sei unbegründet. Der behauptete Verstoß liege nicht vor. Hätte die belangte Behörde diese Umstände berücksichtigt, so hätte sie das Verfahren ohne Erlassung eines Straferkenntnisses eingestellt.

Es werde daher beantragt, der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, allenfalls ein Erkenntnis mit geringerer Strafhöhe zu fällen.

1.3.

Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 20.03.2019 dem Landesverwaltungsgericht die Beschwerde sowie den Verwaltungsstrafakt zur Entscheidung vor.

Auf Ersuchen des Landesverwaltungsgerichts wurde der gewerbebehördliche Verwaltungsakt Zahl zzz am 03.04.2019 ergänzend übermittelt.

Am 08.05.2019 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der Beschwerdeführer in Begleitung seines Rechtsvertreters sowie die Mitarbeiterin der Gewerbebehörde, welche die Anzeige eingebracht hat, als Zeugin teilnahmen.

Der Beschwerdeführer brachte vor, dass er trotz intensiver Recherchen beim Vormieter, Vermieter bzw. vor Ort anwesenden Personen erst am 17.12.2018 anlässlich des Lokalausweises davon erfahren habe, dass der eine Raum im Erdgeschoss nicht als Gastraum betrieben worden sei. Er habe auch sofort um die Einräumung einer Frist für eine entsprechende Einreichung ersucht. Auf richterliche Nachfrage werden vom Rechtsvertreter die Verhältnisse der verschiedenen Firmen AV GmbH, AT GmbH und AW GmbH erläutert, wobei die letzten beiden Betreiberinnen seien. Der Beschwerdeführer gibt an, dass er vor dem Eröffnungsdatum 28.11.2018 die Räumlichkeiten hinsichtlich ihrer Eignung zum beabsichtigten Betrieb besichtigt habe. Er habe die Information bekommen, dass es das Lokal davor schon sehr, sehr lange gegeben habe. Er habe wahrnehmen können, dass die entsprechenden technischen Einrichtungen für ein Gastlokal bereits vorhanden gewesen seien, dies beziehe sich auch auf den Raum im Erdgeschoss. Auf Nachfrage, welche Wahrnehmungen konkret diese gewesen seien, gibt er an, dass sich in diesem Raum beispielsweise eine Lüftungsanlage befunden habe. Den Plan ON 10 habe er soweit erinnerlich gesehen, ebenso wie er einen Teil der Konzessionsurkunden als rechtliche Grundlagen gehabt habe. Der Plan sei seiner Beurteilung nach nur eine Handskizze. Zweifel, dass der verfahrensgegenständliche Raum nicht von der Bewilligung umfasst seien, seien ihm nicht gekommen. An ein Gespräch mit den Vormietern bzw. an deren Namen könne er sich nicht mehr erinnern, da dies schon so lange her sei. Auf die konkrete Frage, ob die Vormieter ihm bestätigt hätten, dass im verfahrensgegenständlichen Raum ein Gastgewerbebetrieb stattgefunden habe, gibt der Beschwerdeführer an, dass ihm bestätigt worden sei, dass in allen Räumlichkeiten Gastronomie betrieben worden sei. Der Raum sei seit Betriebsbeginn zum Zwecke des Pokerspiels bzw auch für die Gastronomie genutzt worden. Die im Gewerbeakt aufliegenden Lichtbilder (ON 7), auf denen Tische und Sesseln abgebildet sind, würden sich auf diesen Raum im Erdgeschoss beziehen.

Zum Beschwerdevorbringen, dass keine Genehmigungspflicht für eine Änderung gesehen werde, führt der Rechtsvertreter aus, dass der damalige Rechtsvertreter an einer Zusammenarbeit mit der Behörde interessiert gewesen sei bzw. erst im Zuge der Verhandlung die Genehmigungspflicht dann offenbar ein Thema gewesen sei.

Von der Zeugin, zuständige Sachbearbeiterin der Gewerbebehörde und Anzeigerin des Sachverhalts, wird einleitend ausgeführt, dass es sich im Erdgeschoss um zwei Teile handle: der eine Teil seien die von der gewerberechtigten Konzession umfassten Räumlichkeiten, der andere Teil sei ein Geschäft, wie sich aus den Bauakten ergäbe. Am 17.12.2018 musste für diesen Bereich „Geschäft“ festgestellt werden, dass sich darin Spieltische sowie für die Gastronomie entsprechenden Infrastruktureinrichtungen befanden. Das Verfahren habe damit begonnen, dass ein Mitarbeiter einer der Firmen bei ihr vorstellig geworden sei und sich erkundigt habe, „ob eh alles passe“. Desweiteren habe es eine Nachfrage eines Anwaltes eines Nachbarn gegeben, ob das, was am Standort geplant sei, rechtens sei. Es habe durch die AX einen in der Nachbarschaft angeschlagenen Informationszettel gegeben.

Befragt zu behördlichen Tätigkeiten beim Betrieb zuvor (AY-Restaurant) führte die Zeugin aus, dass nur einmal im Jahr 2010 Anlagenänderungen genehmigt worden seien, sonst sei kein Einschreiten erforderlich gewesen. Befragt zu dem Bauakt führt die Zeugin aus, dass im Bauakt ein ähnlicher Plan wie der Plan ON 10 aufliege. Dieser Plan ON 10 ist Bestandteil der Änderungsgenehmigung aus dem Jahr 2010. Zu den vorliegenden bzw. fehlenden Plänen der Konzessionsurkunden aus den Jahren 1983 und 1985 gibt die Zeugin an, dass im Jahr 2002 verschiedene Unterlagen von der Gewerbebehörde kopiert worden seien, manches wurde archiviert, manche Unterlagen scheinen jedoch nicht mehr auf bzw. existieren auch nicht mehr. Aufgrund von verschiedenen Änderungen im Laufe der Jahre sei eine Rückverfolgung von aufrechten Genehmigungen bzw. der Umfang für manche Fälle nicht einfach. Der Mitarbeiter sei von ihr aufgefordert worden, die entsprechenden Unterlagen auszuforschen. Auf richterliche Nachfrage, ob der Gewerbebehörde jemals bekannt geworden sei, dass die Nutzung der Geschäftsräumlichkeiten zuvor schon anderes erfolgt sei, gibt die Zeugin an, dass dies erst im Zuge des jetzigen Verfahrens aufgetaucht sei. Eine Anzeige der Vorbetreiber hinsichtlich einer Erweiterung der Betriebsanlage habe es nicht gegeben. Die Genehmigungspflicht ergäbe sich nicht nur aus Sicht des Nachbarnschutzes, sondern auch hinsichtlich Kunden- und Arbeitnehmerschutzes. Wenn in einem Raum 40 bis 50 Personen mehr anwesend seien, seinen bspw auch Fragen des Fluchtweges relevant. Der Beschwerdeführer bestätigt die mögliche Anwesenheit von bis zu 50 Personen in diesem Raum. Auf Nachfrage des Rechtsvertreters bestätigt die Zeugin, dass es in den Vorjahren keine Beanstandungen gegeben habe, die ein Einschreiten der Gewerbebehörde erforderlich gemacht hätten.

## 2. Nachstehender

### S a c h v e r h a l t

wird als erwiesen festgestellt und der nachfolgenden Entscheidung zu Grunde gelegt:

Im Haus AU 21/AZ 2, 5020 Salzburg auf GN aa KG BB (grundbücherlicher Eigentümer BC BD, Fruchtgenußberechtigter BE BD) wurde laut Mietvertrag vom 28.09.2018 durch die Mieterin AV GmbH, BF 11/Top 5, BG (FN bb) zwei Geschäftslokale mit einer gesamten Nutzfläche von ca. 407 m<sup>2</sup> und zwar eines im Erdgeschoß (ca. 206 m<sup>2</sup>) und eines im Kellergeschoß (ca. 200 m<sup>2</sup>) beginnend mit 01.10.2018 auf die Dauer von drei Jahren (30.09.2021) gemietet.

Zuvor wurde an diesem Standort bereits ein Gastgewerbe betrieben, wofür mit Konzessionsurkunde vom 09.06.1983 (Zahl cc) im Kellergeschoß die Betriebsart eines „Espressos“ zeitlich beschränkt bis 31.07.1983 (Herrn BI BJ) genehmigt wurde. Mit weiterer Konzessionsurkunde vom 19.02.1985 (Zahl dd) wurde für die Betriebsart eines „Kaffeerestaurants“ die Konzession (Frau BK BL) für die Räumlichkeiten gemäß Grundrissplan 1:100 erteilt. Gemäß diesem Plan waren dies ein Gastraum samt Küche, Vorraum und zwei Lagern im Erdgeschoß und Toiletten im Kellergeschoß. Schließlich wurde mit Konzessionsurkunde vom 14.05.1986 (Zahl EE) die Berechtigung (neuerlich) zur Ausübung der Betriebsart „Espresso“ (Herrn BI BJ) gemäß Grundrissplan 1:50 erteilt. Diese Planunterlagen existieren bei der Gewerbebehörde nicht mehr.

Diverse Änderungen (Einbau einer Kühlzelle, Einbau eines Kleinlastenaufzuges) wurden mit Bescheid der Gewerbebehörde vom 08.07.2010 (Zahlen fff und yyy) zur Kenntnis genommen, wobei diesen Änderungen Einrichtungspläne zugrunde liegen, in denen die Räumlichkeiten eingezeichnet bzw. bezeichnet sind. Gemäß Plan ON 10 (zu Zahl gg) ist im Erdgeschoß eine Lokalfläche im Ausmaß von 71,72 m<sup>2</sup>, eine Küche mit 5,71 m<sup>2</sup>, ein Flur, ein Lager sowie ein Kühlraum dargestellt, wobei diese Flächen schraffiert aufscheinen. Zusätzlich ist eine Räumlichkeit bezeichnet als „Geschäft“ mit 113,37 m<sup>2</sup> im Plan dargestellt. Im Plan Kellergeschoß gibt es ebenfalls eine Räumlichkeit,

welche als „Lokal“ bezeichnet ist.

Vor Eröffnung am 28.11.2018 wurde ein Mitarbeiter der Firmen bei der Gewerbebehörde vorstellig, um die rechtliche Vorsituation zu klären. Die Konzessionsurkunden samt Plänen lagen der AT GmbH vor. Der Beschwerdeführer selbst besichtigte die Räumlichkeiten im Hinblick auf die Eignung für den beabsichtigten Betrieb und war darüber informiert, dass es zuvor schon sehr lange ein Lokal gegeben hat. Die technischen Einrichtungen für einen Gastlokalbetrieb waren vorhanden, auch für den verfahrensgegenständlichen Raum im Erdgeschoss wie beispielsweise eine Lüftungsanlage. Der Plan ON 10, welchen er als Handskizze qualifizierte, sowie die Konzessionsurkunden waren ihm bekannt.

Die Firma AT GmbH (FN hh), deren handels- und gewerberechlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführer ist, betreibt seit 28.11.2018 als Untermieterin gemeinsam mit der AW GmbH (FN ii) am Standort AU 21 im Erd- sowie Kellergeschoß einen Gastronomiebetrieb in der Betriebsform eines „Kaffee-Restaurants“ bzw. „Espressos“, in denen Pokerspiel ermöglicht wird.

Die Gewerbeberechtigungen für Barbetrieb (GISA Zahl jj), Catering (GISA Zahl kk) und Kaffeerestaurant (GISA Zahl ll) liegen für die Firma AT GmbH vor, für die Veranstaltung und Organisation von Poker-Kartenspiele liegt für den verfahrensgegenständlichen Standort eine GISA Eintragung Zahl mm für die AW GmbH vor.

Aufgrund eines Ansuchens vom 26.11.2018 der AT GmbH auf Verlängerung der Sperrstunden auf täglich bis 06:00 Uhr Früh und Nachbaranfragen kam es am 27.12.2018 zu einer gewerbebehördlichen Überprüfung des Lokales im Erd- und Kellergeschoß. Dabei wurde festgestellt, dass einerseits Änderungen der Inneneinrichtung der Gasträumlichkeiten im Erd- und Kellergeschoß erfolgt sind und andererseits ein Raum im Erdgeschoß, welcher von den erteilten Genehmigungen nicht umfasst ist, nunmehr als Gastraum eingerichtet wurde. In diesem Raum, in welchem ca. 40 – 50 Personen Platz finden, waren Spieltische sowie gastronomische Infrastruktureinrichtungen vorhanden.

Es erging die behördliche Aufforderung, einen Antrag auf betriebsanlagenrechtliche Genehmigung für die vorgenommene Änderung einzubringen. Der Gewerbebehörde wurde eine allfällige Nutzung dieses Raumes durch die Vormieter zu gastronomischen Zwecken nie bekannt gegeben. Mit Schreiben vom 17.12.2018 wurde von der Gewerbebehörde an die belangte Behörde die Strafanzeige übermittelt.

Aufgrund einer binnen der gesetzten Frist eingebrachten Anzeige der AT GmbH vom 30.01.2019 wurde mit Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 19.02.2019 (Zahl nn) die Änderung in der Inneneinrichtung sowie die Hinzunahme eines dh des verfahrensgegenständlichen Gastraumes (EG) im Gastlokal gemäß § 81 Abs 2 Z 7 GewO unter Vorschreibung von Auflagen zur Kenntnis genommen.

Zusammengefasst ist jedenfalls festzustellen, dass der im Plan ON 10 als „Geschäft“ bezeichnete Raum im Erdgeschoss nicht von einer Betriebsanlagengenehmigung mitumfasst ist und es zum vorgeworfenen Zeitpunkt 17.12.2018 keine gewerbebehördliche Genehmigung für eine Nutzung zu gastronomischen Zwecken gegeben hat, jedoch ein Betrieb stattgefunden hat.

Gemäß einem aktuellen Auszug aus dem Vormerkregister für Verwaltungsstrafen ergibt sich ein, allerdings nicht einschlägiger Eintrag aus dem Jahr 2015. Der Beschwerdeführer bezeichnete im Beschwerdeverfahren seine Einkommensverhältnisse als durchschnittlich.

Zur

#### **B e w e i s w ü r d i g u n g**

ist auszuführen, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus der Aktenlage des Verwaltungsstrafaktes sowie der gewerbebehördlichen Verwaltungsakte (betreffend Betriebsanlage fff; yyy, nn und betreffend Konzessionen cc; dd) sowie dem Ergebnis der mündlichen Beschwerdeverhandlung ergibt.

Als unbestritten war jedenfalls festzustellen, dass der Beschwerdeführer sowohl handels- wie auch gewerberechlicher Geschäftsführer der AT GmbH als eine der beiden betreibenden Firmen ist. Hinsichtlich des Umfangs der bestehenden Betriebsanlagengenehmigung ist auch für das Landesverwaltungsgericht der Plan ON 10, welcher Beilage der Änderungsgenehmigung im Jahr 2010 war, ein taugliches Beweismittel dafür, dass im Erdgeschoss der als „Geschäft“ bezeichnete Raum nicht Teil des Gastronomielokales in rechtlicher Hinsicht war. Die Schraffur der Räume Lokal, Flur, Küche, Flur, Lager und Kühlraum bestätigen zudem diese Annahme. Die Annahme erscheint gerechtfertigt, dass in dem

gewerbebehördlichen Änderungsgenehmigungsverfahren vor 9 Jahren eine aktuelle Raumbezeichnung erfolgt ist. Auch die den Konzessionsurkunden zugrundeliegenden Pläne/Planzeichnungen erhärten die Annahme, dass der verfahrensgegenständliche Raum bei dem im Erdgeschoss befindlichen Räumen nicht mitumfasst war.

Es kann im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren dahin gestellt bleiben, ob es durch Vormieter allenfalls tatsächlich zu einer geänderten Nutzung dieses Raumes im Rahmen des damals betriebenen Gastronomiebetriebs gekommen ist.

Die Angaben des Beschwerdeführers waren, obwohl als „intensive Recherchen“ bezeichnet, eher allgemein gehalten. Dass grundsätzlich technische Einrichtungen für ein Gastlokal vorhanden waren und er eine Besichtigung der Räumlichkeiten hinsichtlich der Eignung für den beabsichtigten Betrieb durchgeführt habe, war als soweit glaubwürdig anzunehmen. Dass ihm jedoch aufgrund der vorhandenen Unterlagen nie Zweifel hinsichtlich des genehmigten Umfangs des Gastlokales gekommen sind, erscheint dem Landesgericht wiederum zweifelhaft. Auch die Aussage, dass die Vormieter ihm mitgeteilt hätten, dass „in allen Räumlichkeiten Gastronomie betrieben“ worden sei, ist sehr allgemein gehalten. Auch der Schluss des Beschwerdeführers anhand des Vorhandenseins einer Lüftungsanlage auf eine zulässige gastronomische Nutzung des Raumes schließen zu können ist nicht nachvollziehbar. Es mag aber den Tatsachen entsprechen, dass der Beschwerdeführer persönlich erst im Zuge der Verhandlung bzw des Lokalaugenscheins am 17.12.2018 davon erfahren hat, dass für den als „Geschäft“ bezeichneten Raum im Erdgeschoss eine entsprechende Genehmigung fehlt.

Die Angaben der Zeugin waren für das Landesverwaltungsgericht insgesamt schlüssig und nachvollziehbar.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hiezu erwogen:

I.

Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat gemäß § 50 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes – VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 idgF, das Verwaltungsgericht gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden.

Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl Nr 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, ... und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 366 Abs 1 Z 3 Gewerbeordnung 1994 - GewO, BGBl Nr 194/1994 idgF begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 € zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert (erster Fall) oder nach der Änderung betreibt (zweiter Fall).

Gemäß § 81 Abs 1 GewO bedarf, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist, auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen. Im Abs 2 leg cit sind in Ziffer 1 bis 9 Fälle normiert, in denen keine Genehmigungspflicht nach Abs 1 gegeben ist. Für Änderungen gemäß § 81 Abs 2 Z 7 sieht Abs 3 jedoch eine Anzeigepflicht vor.

Gemäß § 74 Abs 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, das Leben oder die Gesundheit ... der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufzusuchen ... zu gefährden (Z 1) oder die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen (Z 2).

Im gegenständlichen Fall liegt kein behördlicher Betriebsanlagengenehmigungsbescheid gemäß § 74 Abs 2 GewO für das schon zuvor Jahrzehnte betriebene Gastlokal am verfahrensgegenständlichen Standort vor, sondern greift die gesetzliche Regelung des § 376 Abs 1 Z 14b GewO.

Gemäß dieser Bestimmung gilt die Betriebsanlage eines Gastgewerbes, für das die Konzession gemäß den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1973 idF vor Inkrafttreten der GewO-Novelle 1993, BGBl Nr. 29/1993 erteilt worden ist, im Umfang der Betriebsräume und der Betriebsflächen, auf die die Gastgewerbekonzession gemäß dem

Konzessionsbescheid lautet, als gemäß § 74 Abs 2 genehmigte Betriebsanlage.

Als Ergebnis auch des verwaltungsgerichtlichen Beweisverfahrens war festzustellen, dass aufgrund der vorliegenden Konzessionsurkunden samt Plandarstellungen und letztlich im Plan ON 10 (Bestandteil des Bescheides der Gewerbebehörde vom 08.07.2010, Zahlen fff und yyy) als „Geschäft“ bezeichnet Raum nicht von einer der vorliegenden Gastgewerbekonzessionen umfasst war. Die Nutzung dieses Raumes für eine Personenanzahl von bis zu 50 Personen zu gastronomischen Zwecken und zu Zwecken des Pokerspiels unterliegt aber jedenfalls einer Änderungsgenehmigung gemäß § 81 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 Z 1 und/oder Z 2, da sowohl Nachbarschutzinteressen in Bezug auf Lärm, aber auch Kundenschutzinteressen im Sinne deren Sicherheit für ihr Leben und ihre Gesundheit berührt sein können.

Unter "Änderung" einer genehmigten Betriebsanlage im Sinne des § 81 Abs 1 GewO 1994 ist jede durch die erteilte Genehmigung nicht gedeckte, bauliche oder sonstige, die Anlage betreffende Maßnahme des Inhabers der Betriebsanlage zu verstehen, durch die sich die im § 74 Abs 2 Z 1 bis Z 5 GewO 1994 bezeichneten Gefährdungen, Beeinträchtigungen oder sonstigen Auswirkungen ergeben können (VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0047 mit Hinweis E vom 23. Jänner 2002, 2000/04/0203).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist eine genehmigungspflichtige Änderung einer Betriebsanlage bereits dann gegeben, wenn die Änderung grundsätzlich geeignet ist, die in § 74 Abs 2 GewO 1994 bezeichneten Beeinträchtigungen hervorzurufen (Hinweis E vom 17. April 2012, 2010/04/0007, mwN) und Auswirkungen im Sinne dieser Bestimmung (Gefährdungen, Belästigungen, usw.) nicht auszuschließen sind. Ob mit den festgestellten Änderungen der verfahrensgegenständlichen Betriebsanlage tatsächlich Belästigungen einhergehen würden, ist für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 81 Abs 1 iVm § 366 Abs 1 Z 3 GewO 1994 unmaßgeblich (VwGH 16.12.2015, Ra 2015/04/0092).

Der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung des § 366 Abs 1 Z 3 zweiter Fall GewO ist somit erfüllt, da am 17.12.2018 der Betrieb einer genehmigungspflichtigen respektive anzeigepflichtigen Änderung (gemäß § 81 Abs 3 GewO) festgestellt wurde, welche auch geeignet war, Nachbarn durch Lärm zu belästigen, da sich in diesem Raum bis zu 50 Personen aufhalten können.

Der Beschwerdeführer ist handels- und gewerberechtlicher Geschäftsführer der betreibenden Firma AT GmbH und damit gemäß § 370 GewO verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher.

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs beziehen sich Regelungen über die strafrechtliche Verantwortlichkeit als gewerberechtlicher Geschäftsführer (§ 39, § 370 Abs 2 GewO) nur auf die Einhaltung der Verpflichtungen, die sich aus den gewerberechtlichen Vorschriften für die Gewerbeausübung ergeben (VwGH 13.02.2018, Ra 2017/02/0146).

Vom Beschwerdeführer wird in der Beschwerde vorgebracht, dass er erst durch die Behörde darauf aufmerksam gemacht worden ist, dass nicht alle Räumlichkeiten von der Bewilligung umfasst sind, und wurde auf den abgeschlossenen Mietvertrag verwiesen. Zudem wurde auf die vorgenommene Besichtigung sowie auf Angaben der Vormieter verwiesen. Wenn damit ein fehlendes Verschulden argumentiert werden soll ist dem entgegen zu halten, dass Vereinbarungen in einem zivilrechtlichen Vertrag in einem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren unbeachtlich sind und auch eine allenfalls vorherige rechtswidrige Nutzung des Raumes durch Vormieter den Beschwerdeführer nicht entlastet bzw. die erforderliche Genehmigung ersetzt. Dem Beschwerdeführer ist Fahrlässigkeit dahingehend vorzuwerfen, dass es ihm bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt zumutbar und möglich gewesen wäre festzustellen, dass eine Nutzung des einen Raumes im Erdgeschoss von keiner gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung umfasst ist. Dieser Raum ist in keiner der vorliegenden Pläne für die Betriebsanlage eines Gastronomiebetriebes dargestellt.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Bei sogenannten Ungehorsamsdelikten, wird das Verschulden somit widerleglich vermutet.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebots 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. Dazu ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiiertem Form alles darlegt, was für

seine Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten ließ (VwGH 31.01.2014, 2013/02/0024 mit Hinweis auf VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079).

Der Entlastungsbeweis ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen, zumal es ihm aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts bei der gehörigen Aufmerksamkeit sehr wohl möglich gewesen wäre, die gesetzlichen Vorschriften (§ 81 GewO) einzuhalten. Es wurden zwar offenbar ein Mitarbeiter einer der beiden Betreiberfirmen beauftragt, Kontakt mit der Gewerbebehörde herzustellen und lagen dem Beschwerdeführer nach eigenen Angaben die gewerberechtlich maßgeblichen Unterlagen wie die Konzessionsurkunden auch vor, jedoch erfolgte offenbar keine weitere Abklärung mit der Gewerbebehörde über den Umfang der vorhandenen Betriebsanlagengenehmigung. Dass Änderungen einer Betriebsanlage einer gewerbebehördlichen Genehmigungspflicht unterliegen können und der Betrieb einer solchen Änderung ohne die erforderliche Genehmigung einen Verwaltungsstraftatbestand darstellt, musste dem Beschwerdeführer als gewerberechtl. Geschäftsführer der Betreiberfirma bekannt sein.

Zur Strafbemessung:

Grundlage für die Bemessung der Strafe sind gemäß § 19 Abs 1 VStG die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat (objektive Strafzumessungsgründe).

Nach Abs 2 leg cit 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. 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 (subjektive Strafzumessungsgründe).

Gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO ist für die angelasteten Verwaltungsübertretungen eine Geldstrafe bis zu € 3.600,- vorgesehen. Die belangte Behörde hat für die Übertretung eine Geldstrafe in Höhe von € 300,- verhängt und damit die mögliche Höchststrafe unter Berücksichtigung der (nicht vorliegenden) Unbescholtenheit zu rund 9 % genützt. Die Strafe liegt daher im untersten Bereich.

Der Unrechtsgehalt der festgestellten Verwaltungsübertretungen ist als nicht unbeträchtlich zu beurteilen, da die Einhaltung von Genehmigungspflichten einer Betriebsanlage ein hohes Schutzinteresse aufweist.

Von der belangten Behörde wurde der Milderungsgrund der Unbescholtenheit, welcher aufgrund von einer Vormerkung aus dem Jahr 2015 nicht vorliegt, herangezogen. Weitere Milderungsgründe sind im Beschwerdeverfahren nicht vorgebracht worden bzw. hervorgekommen. Im Beschwerdeverfahren wurden vom Beschwerdeführer durchschnittliche Verhältnisse angegeben. Von der belangten Behörde wurde zudem nur der 17.12.2018 als Tattag vorgeworfen, obwohl aktenkundig der Betrieb bereits seit 28.11.2018 erfolgt ist.

Hinsichtlich des Verschuldens wird auf die zuvor erfolgten Ausführungen verwiesen.

Zusammengefasst ist daher festzustellen, dass die belangte Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen bei der Strafbemessung iS des § 19 VStG Gebrauch gemacht hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## II. Kostenentscheidung

Gemäß § 52 Abs 1 VwGGV ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichts, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Gemäß Abs 2 leg cit ist dieser Betrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit € 10 zu bemessen

## III. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (§ 25a VwGG):

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 zu § 366 Abs 1 iVm § 81 GewO und § 370 GewO. 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, Nutzung eines Raumes, gastronomische Zwecke, Verwendungszweckänderung, keine Genehmigung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGSA:2019:405.2.160.1.11.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

23.05.2019

**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)