

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/2/19 LVwG-S-1066/001-2019

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.02.2020

## Entscheidungsdatum

19.02.2020

## Norm

GewO 1994 §74 Abs2

GewO 1994 §81 Abs1

GewO 1994 §366 Abs1 Z3

VStG 1991 §32 Abs2

VStG 1991 §44a Z1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Marzi als Einzelrichter über die Beschwerde des A, \*\*\*, \*\*\*, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 16. April 2019, Zl. \*\*\*, betreffend Übertretungen der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), zu Recht:

1. Der Beschwerde zu Spruchpunkt 1. (Übertretung des§ 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994) wird Folge gegeben, dieser Spruchpunkt aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) eingestellt.
2. Die von der Behörde zu Spruchpunkt 2. (Übertretung des§ 368 GewO 1994) festgesetzte Geldstrafe in der Höhe von 500,- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 154 Stunden) wird auf den Betrag von 300,- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 90 Stunden) herabgesetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde werden mit 30,- Euro neu festgesetzt.
4. Eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist nicht zulässig.

Zahlungshinweis:

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher 330,- Euro und ist gemäß§ 52 Abs. 6 VwGVG iVm § 54b Abs. 1 VStG binnen zwei Wochen einzuzahlen.

Entscheidungsgründe:

1. Aus dem vorgelegten Verwaltungsstrafakt ergibt sich nachstehender, entscheidungswesentlicher und unstrittiger Sachverhalt:
  - 1.1. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 10. Dezember 2018, Zl. \*\*\*, wurde gemäß § 360 Abs. 1 und 5

GewO 1994 die Sperre der Betriebsanlage („Cafe und Bar“) des Beschwerdeführers in einem näher genannten Standort mit sofortiger Wirkung bis zur Herstellung und Bewilligung der erforderlichen Heizungs- und Lüftungsanlage verfügt. Dieser Bescheid wurde dem Beschwerdeführer am 14. Dezember 2018 zugestellt.

Entgegen dieser Sperre wurde die Betriebsanlage von 17. bis 19. Jänner 2019 betrieben.

1.2. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer Folgendes zur Last gelegt (Anonymisierung in eckiger Klammer durch das Landesverwaltungsgericht):

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretungen begangen:

Zeit:

17.01.2019 bis 19.01.2019

Kontrollzeitpunkte: 17.01.2019 um 18:25 Uhr; 18.01.2019 um 10:30 Uhr; 19.01.2019 um 15:27 Uhr

Ort:

[näher genannter Ort in X]

Tatbeschreibung:

1. Sie haben als Gewerbeinhaber die mit dem Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 12.12.2002, Zl. \*\*\*, sowie mit Bescheid vom 22.03.2007, Zl. \*\*\* genehmigte Betriebsanlage mit Standort in [näher genannter Ort in X] nach einer Änderung betrieben, ohne die hierfür erforderliche Betriebsanlagengenehmigung erlangt zu haben, da folgende genehmigungspflichtige Abänderungen festgestellt wurden:

1. Es wurde zwischen dem Nichtraucherbereich und dem Raucherbereich eine Glaswand mit einer Schiebetüre errichtet, welche in der bewilligten Plandarstellung nicht ersichtlich ist. Aufgrund des Vorhandenseins von mehr als 15 Sitzmöglichkeiten ist diese Schiebetüre gemäß der NÖ Bautechnikverordnung nicht zulässig.

2. Es sind im Bewirtungsraum 1 mehr als 30 Verabreichungsplätze (Letztgenehmigung 21 Sitzplätze) vorhanden.

3. Die Unterlagen welche als Beurteilungsgrundlage im Zuge der Vorprüfung vom 01.08.2018 verlangt wurden, wurden vollständig nicht vorgelegt.

4. Bei der Verhandlung wurde festgestellt, dass Teile der Betriebsanlage nicht mehr beheizt werden sollen und auch nicht mehr beheizbar eingerichtet sind. So ist beispielsweise der Gastraum „Bewirtung 2“ sowie die Küche und die Vorräume zu den WC-Anlagen inkl. dem Pissstand nicht mehr beheizbar eingerichtet. Damit sind die wärmephysiologischen Mindestanforderungen für Aufenthaltsräume für Personen im Sinne der NÖ Bauordnung und der Arbeitsstättenverordnung nicht mehr gegeben. Derzeit ist als einziges Heizgerät ein elektrischer Warmluftzerzeuger im Gastraum „Bewirtung 1“ vorhanden. Es ist nicht davon auszugehen, dass durch dieses einzelne Heizgerät die notwendige Arbeitsplatztemperatur im Sinne der Arbeitsstättenverordnung erreicht wird. Beim Lokalaugenschein trugen sämtliche Gäste die Straßenkleidung mit witterungsbedingt erforderlichen Winterjacken.

5. Durch die zwischenzeitliche Stilllegung der Gaszentralheizungsanlage kann auch das Warmwasserheizregister der Lüftungsanlage nicht mehr angefahren werden. Dadurch kann die Lüftungsanlage im genehmigten Umfang (Bescheid vom 12.12.2002) gar nicht betrieben werden. Das heißt es kann nur kalte Luft eingblasen werden. Dies ist nach dem Stand der Technik unzulässig.

6. Die Fortluftausmündung der Küchendunstabzugshaube entspricht aufgrund der unzulässigen waagrechten Ausblasung nicht dem Stand der Technik.

Die Genehmigungspflicht ergibt sich daraus, da diese gewerbliche Betriebsanlage gemäß § 74 Abs. 2 Gewerbeordnung geeignet ist, wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst das Leben oder die Gesundheit der Gewerbebetreibenden, der mittätigen Familienangehörigen, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes nach aufsuchen zu gefährden, da der derzeitige Betriebszustand ohne wirksame Heizungsanlage die Mindestanforderungen an Lufttemperaturen nicht erfüllt. (§74 Abs.2 Z.1 GewO 1994)

2. Sie haben als Gewerbeinhaber die Betriebsanlage im Standort [näher genannter Ort in X], betrieben, obwohl mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Baden vom 10.12.2018, Zl. \*\*\* verfügt wurde, dass die im [näher genannter Ort in X], bestehende Betriebsanlage mit sofortiger Wirkung bis zur Herstellung und Bewilligung der erforderlichen

Heizungs- und Lüftungsanlage nicht mehr betrieben werden darf.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

zu 1. § 81 Abs.1, § 74 Abs.2 iVm § 366 Abs.1 Z.3 Gewerbeordnung (GewO) 1994

zu 2. § 368 GewO 1994 iVm Bescheid der BH Baden vom 10.12.2018, Zl. \*\*\*85/004

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafen von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von

Gemäß

zu € 1.500,00

140 Stunden

§ 366 Abs.1 Einleitungssatz GewO 1994

zu € 500,00

154 Stunden

§ 368 Gewerbeordnung (GewO) 1994

Vorgeschriebener Kostenbeitrag gemäß § 64 Abs.2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro

€ 200,00

Gesamtbetrag:

€ 2.200,00“

Zur Strafbemessung schätzte die belangten Behörde das Einkommen des Beschwerdeführers mangels anders lautender Angaben auf monatlich 1.800 Euro netto und nahm erschwerend eine Vorstrafe wegen Übertretens des § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 an. Milderungsgründe nahm die belangte Behörde nicht an.

1.3. Eine weitere Konkretisierung der zu Spruchpunkt 1. des Straferkenntnisses vorgeworfenen Tat findet sich weder im angefochtenen Straferkenntnis, noch in einer sonstigen Verfolgungshandlung der belangten Behörde.

1.4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, welche den vorgeworfenen Sachverhalt unbestritten lässt und lediglich damit begründet wird, der Beschwerdeführer habe die „Probleme mit der Betriebsanlage“ mit einer Mitarbeiterin der belangten Behörde besprochen und (Monate nach den vorgeworfenen Tatzeitpunkten) Unterlagen vorgelegt.

1.5. Der Beschwerdeführer weist ein monatliches Nettoeinkommen von 1.800 Euro auf (die diesbezügliche Annahme der belangten Behörde blieb in der Beschwerde unwidersprochen). Er wies zum Tatzeitpunkt mehrere rechtskräftige und bis dato nicht getilgte Verwaltungsvormerkungen auf; eine betraf eine Übertretung des § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994.

2. Rechtliche Erwägungen:

2.1. Zur Aufhebung von Spruchpunkt 1.:

2.1.1. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wurde in Ansehung der Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat im Sinne des § 44a Z 1 VStG ausgeführt, dass dieser Bestimmung dann entsprochen werde, wenn

a) im Spruch des Straferkenntnisses dem Beschuldigten die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen ist, dass er (im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren und gegebenenfalls auch in einem Wiederaufnahmeverfahren) in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu

widerlegen, und

b) der Spruch geeignet ist, den Beschuldigten (Bestraften) rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden.

Das an die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat zu stellende Erfordernis wird nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes, weil an den erwähnten Rechtsschutzüberlegungen zu messendes, sein.

Diese Rechtsschutzüberlegungen sind auch bei der Prüfung der Frage anzustellen, ob eine taugliche Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG vorliegt. Das bedeutet, dass die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat (lediglich) unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit dieser in die Lage versetzt wird, auf den Vorwurf zu reagieren und damit sein Rechtsschutzinteresse zu wahren. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellt das Zurkenntnisbringen des Anzeigeninhaltes mit der Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme zur

Rechtfertigung eine taugliche Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 VStG dar, wenn die Anzeige alle wesentlichen Tatbestandsmerkmale enthält (zum Ganzen zB VwGH vom 20. November 2019, Ra 2019/15/0101, mwN). Ebenso ist das Straferkenntnis in seiner Gesamtheit als Verfolgungshandlung zu werten (vgl. VwGH vom 05. September 2013, 2013/09/0065).

Nach dem Wortlaut des § 81 Abs. 1 GewO 1994 bedarf nicht jede Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung, sondern nur eine solche, die geeignet ist, die in § 74 Abs. 2 GewO 1994 umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen. Ein Schuldspruch nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 muss daher, um das Erfordernis des § 44a Z 1 VStG zu erfüllen, auch jene Tatbestände enthalten, die eine Beurteilung dahin zulassen, ob die vorgenommene Änderung der Betriebsanlage in § 74 Abs. 2 GewO 1994 genannte Interessen zu beeinträchtigen geeignet ist (vgl. zur insofern gleichgelagerten Rechtslage nach der Gewerbeordnung 1973 für viele VwGH vom 23. Juni 1995, 94/04/0080).

Der von der Rechtsprechung verlangte Hinweis auf eine Interessenbeeinträchtigung (im vorerwähnten Sinn) findet sich – wenn überhaupt – lediglich in Bezug auf die „fehlende Beheizbarkeit“ der Betriebsanlage. Die die Genehmigungspflicht zu den Unterpunkten 1. (Glaswand), 2. (Bewirtungsraum 1), 3. (fehlende Vorlage von Unterlagen) auslösende Interessenbeeinträchtigung wurde demgegenüber nicht vorgeworfen.

Hinsichtlich der fehlenden Beheizbarkeit ist darauf zu verweisen, dass die Interessenbeeinträchtigung darin gesehen wurde, dass „der derzeitige Betriebszustand ohne wirksame Heizungsanlage die Mindestanforderungen an Lufttemperaturen nicht erfüllt (§ 74 Abs. 2 Z 1 GewO 1994)“ ohne irgendwelche Feststellungen betreffend die zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt in der Betriebsanlage herrschenden Lufttemperaturen zu treffen. Somit bleibt auch der diesbezügliche Tatvorwurf zu wenig konkret, um von einer hinreichenden Verfolgungshandlung ausgehen zu können.

Es sei überdies angemerkt, dass im Rahmen der Überprüfung der Betriebsanlage am 12. November 2018 festgestellt wurde (vgl. Aktenseite 18f), dass „sämtliche Gäste die Straßenkleidung mit witterungsbedingt erforderlichen Winterjacken“ trugen, der Tatvorwurf aber aufgrund von Beobachtungen von Polizeiorganen am 17., 18. und 19. Jänner erhoben wurde, sich in diesem Polizeibericht allerdings keinerlei Aussagen zur im Lokal herrschenden Temperatur, sondern lediglich hinsichtlich der Anzahl der Gäste finden (vgl. Aktenseite 42f).

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden, wobei die Verhandlung zu diesem Spruchpunkt gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfällt.

Der Beschwerdeführer wird allerdings zur Vermeidung von Missverständnissen darauf hingewiesen, dass die Aufhebung aus rein formalen Gründen zu erfolgen hat, und damit insbesondere nicht ausgesagt wird, dass sein Verhalten rechtmäßig gewesen ist.

## 2.2. Zur Bestätigung von Spruchpunkt 2.:

2.2.1. Gemäß § 368 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu 1 090 Euro zu bestrafen ist, wer Bescheide, die auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes ergangen sind, nicht einhält.

Durch den Betrieb der Betriebsanlage entgegen dem Sperrbescheid vom 10. Dezember 2018 zu den vorgeworfenen Tagen wurde § 368 GewO 1994 objektiv verletzt.

Im Zusammenhang mit Ungehorsamsdelikten iSd § 5 Abs. 1 VStG, bei welchen gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz leg. cit.

von vornherein die Vermutung des Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) besteht, ist es Sache des Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf und initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH vom 11. Jänner 2018, Ra 2017/11/0152). Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für eine Glaubhaftmachung im Sinn des § 5 Abs. 1 VStG nicht aus (VwGH 27.06.2017, Ra 2014/05/0050, mwN).

Es ist nicht glaubhaft gemacht worden und auch sonst nicht hervorgekommen, dass die beschwerdeführende Partei kein Verschulden trifft. Dem Beschwerdeführer ist die Tat somit auch subjektiv vorzuwerfen.

Von einer Verhandlung betreffend diesen Spruchpunkt wurde gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG abgesehen, da lediglich Rechtsfragen zu lösen waren (vgl. VwGH vom 31. Jänner 2018, Ra 2017/17/0861) und – trotz Belehrung im Straferkenntnis – keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat.

#### 2.2.2. Zur Strafhöhe betreffend diesen Spruchpunkt:

Gemäß § 19 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle 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.

Milderungs- und Erschwerungsgründe sind bezüglich dieses Spruchpunktes nicht ersichtlich; eine Bestrafung gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 stellt keine einschlägige Vorstrafe betreffend eine Bestrafung gemäß § 368 GewO 1994 iZm der Nichtbeachtung eines Sperrbescheids dar.

Nach dem Vorgesagten sowie unter Berücksichtigung des Strafrahmens, der persönlichen Verhältnisse der beschwerdeführenden Partei ist die von der belangten Behörde verhängte Strafe (sowie die Ersatzfreiheitsstrafe) auf das im Spruch genannte Ausmaß herabzusetzen, um eine tat-, täter und schuldangemessene Bestrafung zu erreichen. Die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe im Ausmaß von knapp 50% der Höchststrafe ist mangels Erschwerungsgründen überzogen.

Eine weitere Herabsetzung der Strafe kommt nicht in Betracht, weil nicht nur auf die beschwerdeführende Partei selbst eingewirkt werden soll, sondern durch Strafen auch andere Normadressaten von der Begehung gleich gelagerter strafbarer Handlungen abgehalten werden sollen (zur Zulässigkeit der Berücksichtigung spezial- und generalpräventiver Überlegungen bei der Strafzumessung vgl. zB schon VwGH vom 15. Mai 1990, 89/02/0093; zur Generalprävention überdies VwGH vom 10. April 2013, 2013/08/0041).

#### 2.3. Zum Kostenausspruch:

Aufgrund der Herabsetzung der Strafhöhe zu Spruchpunkt 2. war gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG iVm § 38 VwGVG auch der Kostenbeitrag für das Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde neu festzusetzen.

Da der Beschwerde somit insgesamt (zumindest teilweise) Folge gegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

#### 2.4. Zur Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist nicht zulässig, da sich die Entscheidung auf die zitierte und einheitliche Rechtsprechung bzw. die klare und eindeutige Rechtslage stützt (zur Unzulässigkeit der Revision bei klarer Rechtslage z.B. VwGH vom 15. Mai 2019, Ro 2019/01/0006). Nicht revisibel sind im Regelfall auch die hier sonst vorliegenden Fragen der Strafbemessung (z.B. VwGH vom 22. Februar 2018, Ra 2017/09/0050) sowie die Beurteilung, ob eine Tatanlastung hinreichend konkret iSd § 44a Z 1 VStG ist (z.B. VwGH 27. Februar 2019, Ra 2018/15/0098).

#### **Schlagworte**

Gewerberecht; Verwaltungsstrafe; Betriebsanlage; Sperre; Tatvorwurf; Konkretisierung;

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGN:2020:LVwG.S.1066.001.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

19.03.2020

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwG Niederösterreich, <http://www.lwv.noe.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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