

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/1/30 95/04/0139

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.01.1996

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

AVG §37;

AVG §38;

GewO 1994 §358 Abs1;

GewO 1994 §366 Abs1 Z1;

GewO 1994 §366 Abs1 Z2;

GewO 1994 §74 Abs2;

GewO 1994 §74 Abs3;

VStG §22;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 95/04/0140

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Griesmacher und die Hofräte DDr. Jakusch und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Marihart, über die Beschwerden der I in L, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in L, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich 1. vom 7. April 1995, Zl. VwSen-221193/17/KI/Rd und 2. vom 7. April 1995, Zl. VwSen-221194/14/KI/Rd, jeweils betreffend Übertretung der GewO 1994, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden jeweils im Umfang des Straf- und Kostenausspruches wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Im übrigen werden die Beschwerden als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von insgesamt S 25.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

I.

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des

Landes Oberösterreich vom 7. April 1995, VwSen-221193/17/KI/Rd wurde der Berufung der Beschwerdeführerin gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 2. Jänner 1995, betreffend Übertretung der GewO 1994 hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe keine Folge gegeben, daß die Übertretungsnorm i. S.d. § 44a Z. 2 VStG um die Zitierung "i.V.m. mit § 142 Abs. 1 Z. 3 und 4 GewO 1994" zu ergänzen und als Strafnorm i. S.d. § 44a Z. 3 VStG "§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1994" zu zitieren ist, hinsichtlich der Strafe jedoch insoferne Folge gegeben, als die Geldstrafe auf S 25.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 7 Tage) herabgesetzt wurde. Hiezu wurde im wesentlichen ausgeführt, über die Beschwerdeführerin sei mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 2. Jänner 1995 wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 eine Geldstrafe von S 50.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) verhängt worden, weil sie in A, der Nacht vom 30. zum 31. August 1994 in G Nr. 15, "durch den Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen gegen Abgabe von Entgelt das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar ausgeübt habe, obwohl sie hiezu keine erforderliche Gewerbeberechtigung" besitze. Für eine Flasche Sekt sei am 31. August 1994 S 690,-- kassiert worden. Diese Tätigkeit sei in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, ausgeübt worden. Aufgrund des Ergebnisses der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich vom 30. März 1995, insbesondere aufgrund der "unwidersprüchlichen, sehr glaubwürdigen und schlüssigen Aussagen" sämtlicher vernommenen Zeugen stehe als erwiesen fest, daß zum Tatzeitpunkt im Haus G Nr. 15, ein Barraum mit Barverbau mit zwei Getränkekühlschränken, Gläsern für alkoholische und nichtalkoholische Getränke, Flaschen, Portionierern für härtere Getränke und vier Tischen mit Sitzpolstern als Sitzgelegenheiten, betrieben worden sei. Auch sei eine Theke mit Barhockern vorhanden gewesen. Auf den Tischen seien Getränkepreislisten aufgelegt, wonach alkoholische und nichtalkoholische Getränke sowie Mischgetränke gegen Entgelt angeboten worden seien. Auch seien in diesem Raum alkoholische und nichtalkoholische Getränke in unverschlossenen Gefäßen (z. B. Cola, Bier) gegen Entgelt zum sofortigen Genuß ausgegeben worden. Diese Getränke seien immer bei derselben Person, der Kellnerin, bestellt und von dieser serviert worden. Konkret sei von den Zeugen angegeben worden, daß eine Flasche Sekt mit Gläsern und ein Cola in einer geöffneten Flasche bzw. möglicherweise auch bereits ausgeschenkt in einem Glas serviert worden sei. So sei vom Zeugen K. ausdrücklich ausgeschlossen worden, daß er in diesem Lokal jemals eine Flasche selbst geöffnet habe. Im übrigen lasse auch das äußere Erscheinungsbild des Hauses G Nr. 15, nämlich einige Laternen, ein großes Werbeleuchtschild für Bierwerbung an der Frontseite sowie ein geschotterter Parkplatz vor dem Haus, welcher durch einen Zaun abgetrennt gewesen sei, auf einen Gastgewerbebetrieb schließen. Es sei daher ein Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart einer Bar und der Ausschank von Getränken als erwiesen anzusehen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, Getränke seien nur in verschlossenen Flaschen verabreicht worden, seien durch die Zeugenaussagen widerlegt worden und würden im übrigen jeglicher Lebenserfahrung widersprechen. Vielmehr hätten das Verhandlungsergebnis und die ausdrücklichen Aussagen der Zeugen gezeigt, daß die Getränke zum sofortigen Verzehr an Ort und Stelle bestimmt gewesen seien und nicht zum Mitnehmen (wie bei einem Geschäft). Im übrigen sei insbesondere der Aussage des Zeugen K. zu entnehmen, daß das von ihm bestellte Cola in einer geöffneten Flasche bzw. schon in einem Glas ausgeschenkt serviert worden sei. Auch habe er sich an eine Getränkepreisliste erinnern können, wonach Getränke auch in unverschlossener Form angeboten worden seien, wie "Gespritzte", "Whisky" bzw. "Wodka" mit Cola, wobei davon auszugehen sei, daß diese alkoholischen Getränke nicht in der ganzen Flasche (und zwar in einer verschlossenen Flasche) ausgegeben würden. Der Zeuge habe sich konkret erinnern können, daß am Wandregal mehrere Portionierer für solche harte Getränke vorhanden gewesen seien. Auch habe die Getränkliste Cocktails, also alkoholische Mischgetränke enthalten, welche von sich aus das Ausschanken in verschlossenen Gefäßen bedingten. Der hinsichtlich des gegenständlichen Barbetriebes ergangene Schließungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 23. August 1994 sei mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid "des Landeshauptmannes" vom 23. Jänner 1995 aufgehoben worden. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung einer Privatzimmervermietung im gegenständlichen Haus sei mit Bescheid "des Landeshauptmannes" vom 13. Dezember 1994 als unzulässig zurückgewiesen worden. Darin sei aber klar und eindeutig festgehalten worden, daß die Beschwerdeführerin "eine Showbar mit Bordellbetrieb unterhält, was keinesfalls unter dem Begriff der Privatzimmervermietung zu subsumieren ist und daher keine Zweifel darüber bestehen, daß die gastgewerblichen Tätigkeiten der Frau I der GewO 1994 unterliegen". Weiters sei darin anhand der vorgelegten Unterlagen festgestellt worden, "daß die Anlage offenkundig geeignet ist, Nachbarn zu belästigen und die Gesundheit der Gäste zu gefährden. Die Voraussetzungen für die Erlassung eines Feststellungsbescheides liegen somit ebenfalls nicht vor." Die

Beschwerdeführerin habe mit 1. September 1994 freiwillig den Betrieb geändert und es werde der Betrieb vom "A-Verein", dessen Obfrau die Beschwerdeführerin sei, weitergeführt. Dieser Verein sei mit Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Steiermark vom 17. November 1994 aufgelöst worden, welcher Bescheid allerdings noch nicht rechtskräftig sei. Im übrigen zeige das Ansuchen der Beschwerdeführerin um Nachsicht vom Befähigungsnachweis für das Gastgewerbe, daß sie die Absicht gehabt habe, das Gastgewerbe auszuüben und "daß sie zumindest den Verdacht hatte, daß diesbezüglich eine Gewerbebeanmeldung erforderlich sei." Es wäre ihr zumutbar gewesen, sich bei der zuständigen Behörde über allenfalls erforderliche Genehmigungen für den Barbetrieb zu erkundigen und zwar vor Eröffnung des Betriebes. Solche Anstrengungen habe sie nicht getätigt, sondern sie habe entsprechende Aufforderungen der zuständigen Behörde mißachtet, sodaß der Beschwerdeführerin Vorsatz zur Last liege, was - ebenso wie der näher dargelegte Unrechtsgehalt der Tat - bei der Strafbemessung zu berücksichtigen gewesen sei. Im Hinblick auf die bisherige Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin sei die durch die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach erfolgte Verhängung der Höchststrafe allerdings keinesfalls gerechtfertigt gewesen. Die Strafe sei daher entsprechend den persönlichen Verhältnissen der Beschwerdeführerin (Eigentumsverhältnisse) herabzusetzen gewesen. In diesem Zusammenhang habe die Behörde erster Instanz - weil keine Angaben vorgelegen seien - angenommen, daß die Beschwerdeführerin kein Vermögen besitze, keine Sorgepflichten und ein monatliches Nettoeinkommen von S 20.000,-- habe und Liegenschaftseigentümerin von G Nr. 15 sei. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin zwar die Eigentumsverhältnisse bestätigt, jedoch angegeben, kein eigenes Einkommen zu haben, sondern von ihrem Ehemann unterhalten zu werden und für eine Tochter sorgspflichtig zu sein. Mit Ausnahme der Sorgspflicht, weil die Beschwerdeführerin ihren Angaben zufolge kein eigenständiges Einkommen habe, hätten diese Angaben bei der nunmehrigen Strafbemessung berücksichtigt werden müssen. Die verhängte Geldstrafe erscheine aber in der nunmehr festgesetzten Höhe insbesondere im Hinblick auf das Verschulden der Beschwerdeführerin und "die Beharrlichkeit, mit der sie sich weigerte, eine ordnungsgemäße Gewerbebeanmeldung durchzuführen", gerechtfertigt. Da sie den Betrieb seit 1. September 1994 als Obfrau des Vereins "A-Verein zur Förderung der Unterhaltung" weiterführe, sei "eine doch merkliche Bestrafung der Beschwerdeführerin erforderlich, um sie von einer weiteren Tatbegehung (als Obfrau) abzuhalten. Auch sei die verhängte Geldstrafe aus generalpräventiven Gründen erforderlich gewesen, zumal die in Rede stehende Liegenschaft vom Vorinhaber der Beschwerdeführerin als Barbetrieb ohne behördliche Genehmigung betrieben worden sei.

Die gegen diesen Bescheid an den Verfassungsgerichtshof erhobene Beschwerde wurde dem Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG abgetreten.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

II.

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 7. April 1995, Zl. VwSen-221194/14/KI/Rd wurde der Berufung der Beschwerdeführerin gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 2. Jänner 1995 betreffend Übertretung der GewO 1994, hinsichtlich der Schuld mit der Maßgabe keine Folge gegeben, daß der Spruch wie folgt zu ergänzen ist: "... in der Betriebsart einer Bar, nämlich einen Barraum mit einem Barverbau samt zwei Kühlanlagen und Spüle, mit Sitzgelegenheiten an vier Tischen und mit einer aufgelegten Getränkepreisliste, ohne die erforderliche Genehmigung durch den Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen gegen Entgelt betrieben ...", hinsichtlich der Strafe jedoch insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe auf S 25.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 7 Tage) herabgesetzt wurde; die Strafnorm nach § 44a Z. 3 VStG habe zu lauten: "§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 1994". Hiezu wurde im wesentlichen ausgeführt, über die Beschwerdeführerin sei mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 2. Jänner 1995 wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 eine Geldstrafe von S 50.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) verhängt worden, weil sie in der Nacht vom 30. zum 31. August 1994 in G 15, die errichtete, genehmigungspflichtige Betriebsanlage für das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar ohne die erforderliche Genehmigung betrieben habe. Die gewerbebehördliche Genehmigung sei insbesondere auch aus dem Grund erforderlich, weil der Betrieb der Anlage geeignet sei, Leben und Gesundheit der Beschwerdeführerin sowie das Leben und die Gesundheit der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen (Brandgefahr), zu gefährden. Weiters bestehe die Möglichkeit, daß die Nachbarn durch Lärm belästigt würden. Aufgrund des Ergebnisses

der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich vom 30. März 1995, insbesondere aufgrund der "widersprüchlichen, sehr glaubwürdigen und schlüssigen Aussagen" sämtlicher vernommenen Zeugen stehe als erwiesen fest, daß zum Tatzeitpunkt im Haus G Nr. 15, ein Barraum mit Barverbau mit zwei Getränkekühlschränken, Gläsern für alkoholische und nichtalkoholische Getränke, Flaschen, Portionierern für härtere Getränke und vier Tischen mit Sitzpolstern als Sitzgelegenheiten, betrieben worden sei. Auch eine Theke mit Barhockern sei vorhanden gewesen. Auf den Tischen seien Getränkepreislisten aufgelegt, wonach alkoholische und nichtalkoholische Getränke sowie Mischgetränke gegen Entgelt angeboten worden seien. Auch seien in diesem Raum alkoholische und nichtalkoholische Getränke in unverschlossenen Gefäßen (z. B. Cola, Bier) gegen Entgelt zum sofortigen Genuß ausgegeben worden. Die Getränke seien immer bei derselben Person, der Kellnerin, bestellt und von dieser serviert worden. Konkret sei von den Zeugen angegeben worden, daß eine Flasche Sekt mit Gläsern und ein Cola in einer geöffneten Flasche bzw. möglicherweise auch bereits ausgeschenkt in einem Glas serviert worden sei. So sei von Zeugen K. ausdrücklich ausgeschlossen worden, daß er in diesem Lokal jemals eine Flasche selbst geöffnet habe. Im übrigen lasse auch das äußere Erscheinungsbild des Hauses G Nr. 15, nämlich einige Laternen, ein großes Werbeleuchtschild für Bierwerbung an der Frontseite sowie ein geschotterter Parkplatz vor dem Haus, welcher durch einen Zaun abgetrennt sei, auf einen Gastgewerbebetrieb schließen. Es sei daher ein Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart einer Bar als erwiesen anzusehen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, Getränke seien nur in verschlossenen Flaschen verabreicht worden, seien durch die Zeugenaussagen widerlegt und würden im übrigen jeglicher Lebenserfahrung widersprechen. Vielmehr würden das Verhandlungsergebnis und die ausdrücklichen Aussagen der Zeugen zeigen, daß die Getränke zum sofortigen Verzehr an Ort und Stelle bestimmt gewesen seien und nicht zum Mitnehmen (wie bei einem Geschäft). Insbesondere der Aussage des Zeugen K. sei zu entnehmen, daß das von ihm bestellte Cola in einer geöffneten Flasche bzw. schon in einem Glas ausgeschenkt serviert worden sei. Auch habe er sich an eine Getränkepreisliste erinnern können, wonach Getränke auch in unverschlossener Form angeboten worden seien. Schließlich habe sich dieser Zeuge konkret erinnern können, daß am Wandregal mehrere Portionierer für harte Getränke vorhanden gewesen seien und es habe die Getränkliste Cocktails, also alkoholische Mischgetränke, welche von sich aus das Ausschenken in verschlossenen Gefäßen bedingten, enthalten. Die Beschwerdeführerin habe die erstbehördliche Feststellung, es befinde sich in etwa 100 m Entfernung ein nachbarschaftliches Anwesen, unbestritten gelassen. Insbesondere die Aussagen des Zeugen H. habe auch "eine Konkretisierung" dahin ergeben, daß sich - ebenfalls in etwa 100 m Entfernung - vom gegenständlichen Lokal noch ein Wohnhaus befinde. Auch am Zufahrtsweg, dem Güterweg G zum verfahrensgegenständlichen Lokal befänden sich Wohnhäuser in der Form einer Streusiedlung. Der hinsichtlich des gegenständlichen Betriebes ergangene Schließungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 23. August 1994 sei mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid "des Landeshauptmannes" vom 23. Jänner 1995 aufgehoben worden. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung einer Privatzimmervermietung im Haus G Nr. 15 sei mit Bescheid "des Landeshauptmannes" vom 13. Dezember 1994 als unzulässig zurückgewiesen worden. Darin sei aber klar und eindeutig festgehalten worden, daß die Beschwerdeführerin "eine Showbar mit Bordellbetrieb unterhält, was keinesfalls unter den Begriff der Privatzimmervermietung zu subsumieren ist und daher keine Zweifel darüber bestehen, daß die gastgewerblichen Tätigkeiten der Frau I der Gewerbeordnung 1994 unterliegen". Weiters sei darin anhand der vorgelegten Unterlagen festgestellt worden, "daß die Anlage offenkundig geeignet ist, Nachbarn zu belästigen und die Gesundheit der Gäste zu gefährden. Die Voraussetzungen für die Erlassung eines Feststellungsbescheides liegen somit ebenfalls nicht vor". Die Beschwerdeführerin habe mit 1. September 1994 freiwillig den Betrieb beendet und es werde der Betrieb vom "A-Verein", dessen Obfrau die Beschwerdeführerin sei, weitergeführt. Dieser Verein sei mit Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Steiermark vom 17. November 1994 aufgelöst worden, welcher Bescheid jedoch noch nicht rechtskräftig sei. Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes sei erwiesen, daß im Haus G Nr. 15 zum angeführten Zeitpunkt durch den Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken in unverschlossenen Gefäßen, und zwar unter Beigabe von Gläsern, sodaß die Getränke an Ort und Stelle genossen werden sollten, das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Bar ausgeübt worden sei. Durch den Gastgewerbebetrieb ergebe sich schon aus der Lebenserfahrung die Möglichkeit einer Gefährdung einerseits des Gewerbetreibenden selbst und andererseits auch insbesondere der Kunden, z. B. in hygienischer (Ausschank der Getränke, Reinigung, sanitäre Anlagen), bautechnischer (z. B. Belüftung der Räume) oder brandschutztechnischer Hinsicht (z. B. Notausgänge, Fluchtweg im Brandfall). Es sei aber nach der Lebenserfahrung auch nicht von der Hand zu weisen, daß durch den Barbetrieb zur Nachtzeit eine Beeinträchtigung der umliegenden

Nachbarn (das Vorhandensein in einem Umkreis von 100 m und am Zufahrtsweg sei erwiesen) durch den Verkehr, Lärm und auch in anderer Weise stattfinden könne. Schon aufgrund der aufgezeigten Möglichkeit einer Gesundheitsgefährdung oder einer Nachbarbelästigung sei jedenfalls eine Genehmigungspflicht gegeben. Auf eine solche Genehmigungspflicht sei die Beschwerdeführerin im übrigen auch von der Behörde mehrmals hingewiesen worden, sie sei "dieser Pflicht aber nie nachgekommen". Die Spruchkorrektur sei erforderlich gewesen, um die Tat (die Betriebsanlage) näher zu konkretisieren, was insofern möglich gewesen sei, als die näheren Tatumstände aus der Begründung des Straferkenntnisses, welches innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ergangen sei, hervorgingen. Im Hinblick auf die mehrmalige Aufforderung der Beschwerdeführerin durch die Behörde, ein Ansuchen um Genehmigung der Betriebsanlage mit sämtlichen erforderlichen Unterlagen einzureichen sowie darauf, daß bereits ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Betreibens der errichteten Betriebsanlage ohne erforderliche Genehmigung durchgeführt worden sei, sei vom Vorliegen vom Vorsatz bei der Beschwerdeführerin auszugehen. Müsse der Beschwerdeführerin nämlich schon vor Eröffnung des Gastgewerbebetriebes zugemutet werden, daß sie die entsprechenden Rechtsvorschriften kenne oder sich zumindest bei der zuständigen Behörde erkundige, so sei ihr jedenfalls anzulasten, daß sie nach Eröffnung des Betriebes und trotz behördlicher Aufforderung um eine entsprechende Genehmigung nicht angesucht habe, was - ebenso wie der näher dargelegte Unrechtsgehalt der Tat - bei der Strafbemessung zu berücksichtigen gewesen sei. Wesentlich für die Strafbemessung sei aber auch die bisherige Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin im Tatzeitpunkt, sodaß die durch die Erstbehörde erfolgte Verhängung der Höchststrafe keinesfalls gerechtfertigt gewesen sei. Die Geldstrafe sei daher entsprechend den persönlichen Verhältnissen der Beschwerdeführerin (Eigentumsverhältnisse) auf S 25.000,- herabzusetzen gewesen. In diesem Zusammenhang habe die Behörde erster Instanz - weil keine Angaben vorgelegen seien - angenommen, daß die Beschwerdeführerin kein Vermögen besitze, keine Sorgepflichten und ein monatliches Einkommen von S 20.000,- habe und Liegenschaftseigentümerin von G Nr. 15 sei. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin zwar die Eigentumsverhältnisse bestätigt, aber angegeben, kein eigenes Einkommen zu haben, von ihrem Ehemann unterhalten zu werden und für eine Tochter sorgepflichtig zu sein. Mit Ausnahme der Sorgspflicht, weil die Beschwerdeführerin ihren Angaben zufolge kein eigenständiges Einkommen habe, hätten diese Angaben bei der Strafbemessung berücksichtigt werden müssen. Die verhängte Geldstrafe erscheine in der festgesetzten Höhe insbesondere im Hinblick auf das Verschulden der Beschwerdeführerin und "die Beharrlichkeit, mit der sie sich weigerte, um eine Betriebsanlagengenehmigung anzusuchen", gerechtfertigt. Da sie den Betrieb seit 1. September 1994 als Obfrau des Vereines "A-Verein zur Förderung der Unterhaltung" auch weiterführe, sei "eine doch merkliche Bestrafung" der Beschwerdeführerin erforderlich, um sie von einer weiteren Tatbegehung (als Obfrau) abzuhalten. Auch sei die verhängte Geldstrafe aus generalpräventiven Gründen erforderlich, zumal die in Rede stehende Liegenschaft auch vom Vorinhaber der Beschwerdeführerin als Barbetrieb ohne behördliche Genehmigung betrieben worden sei.

Die gegen diesen Bescheid an den Verfassungsgerichtshof erhobene Beschwerde wurde dem Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG abgetreten.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

III.

Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, die beiden Beschwerden wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung zu verbinden. Er hat sodann erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den erstangefochtenen Bescheid im "Recht, nicht entgegen den Bestimmungen der §§ 366 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 124 Z. 9 und 142 Abs. 1 Z. 3 und Z. 4 Gewerbeordnung 1994 bestraft zu werden" und durch den zweitangefochtenen Bescheid im "Recht, nicht entgegen den Bestimmungen der §§ 366 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. § 74 Abs. 2 Z. 1 und Z. 2 Gewerbeordnung 1994 bestraft zu werden", verletzt. Sie bringt in Ausführung dieser Beschwerdepunkte im wesentlichen vor, "der weisungsgebende Amtsleiter erster Instanz" sei befangen gewesen, sie habe auch Dr. K. von der belangten Behörde ausdrücklich als befangen abgelehnt. Dennoch habe Dr. K. an der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt. Für die Befangenheit von Dr. K. spreche allein "die zynische Aufteilung der Höchststrafe in Form einer Aufteilung auf zwei Erkenntnisse". Daß der Beschwerdeführerin ein Recht auf Ablehnung nicht zustehe, sei falsch. Durch die Aufhebung des "Schließungsbescheides" durch die Berufungsbehörde fehle es "an jeder gesetzlichen Grundlage" für eine Bestrafung der Beschwerdeführerin, "da es offensichtlich im Hinblick auf die

Gegebenheiten des § 148 Abs. 1 einer Gastgewerbekonzession oder Betriebsanlagenbewilligung gemäß § 74 GewO nicht bedurfte."

Jedenfalls habe bis zur Klärung dieser Frage ein Grund für die Aussetzung des Verfahrens gemäß § 38 AVG bestanden. Ein "geradezu unverständlicher Willkürakt" liege darin, daß der Beschwerdeführerin die angeblichen Vorstrafen des Vorbesitzers und dessen angeblich unbefugte Gewerbeausübung zur Last gelegt worden seien, sowie die keinesfalls rechtswidrige Weiterführung des Lokales ab 1. September durch den "A-Verein", der "sogar über eine Gastgewerbekonzession" verfüge. Absurd sei es, von einem Einkommen der Beschwerdeführerin von S 20.000,- auszugehen, wenn amtsbekannt sei, daß der Betrieb derzeit freiwillig geschlossen wäre, ebenso, eine "Hartnäckigkeit" ins Treffen zu führen. Es fehle an einer Begründung, warum nicht die Mindeststrafe verhängt worden sei. Eine Rechtswidrigkeit des Inhaltes liege darin, daß "der Tenor des Straferkenntnisses mit dem Sachverhalt und der Begründung logisch nicht vereinbar ist". So sei einerseits der Schließungsbescheid aufgehoben worden, andererseits stehe nicht einmal fest, wann der Betrieb geschlossen bzw. eröffnet worden sei. Völlig willkürlich sei die Annahme der "Betriebsart einer Bar", weil die vorgefundenen Getränkelisten "der Vorgängerin oder Vorgänger" eine solche Schlußfolgerung nicht rechtfertigen könnten. Dies umso weniger, "wenn die Getränke in verschlossenen Gefäßen verabreicht worden seien, wobei es "unbeachtlich ist, daß diese zwecks Konsumation natürlich geöffnet wurden". Die Feststellung von zehn Ausschankplätzen sei "willkürlich und unrichtig, weil nicht mehr als acht vorhanden sind und bereits aufgrund der räumlichen Beengtheit ein Barbetrieb nicht in Betracht" komme. Die eingereichten Pläne seien aktenkundig zurückgesandt worden. Auf den Tischen seien Flaschenöffner gelegen. Auch "Mischgetränke (Gespritzte)" seien in Flaschen angeboten worden. Inwieferne die Anlage geeignet sei, mehr als 100 m entfernte Nachbarn zu belästigen und die Gesundheit der Gäste zu gefährden, bedürfe einer Begründung, nicht aber einer unbegründeten Behauptung. Verschwiegen werde, daß anlässlich der behördlichen Kommissionierung des Gaslagertanks keinerlei Gefahrenmomente zu Tage gekommen seien und keine einzige Beschwerde oder Einwand von Nachbarn oder Anrainern erhoben worden sei. Ebenso wenig begründet sei das Vorliegen der subjektiven Tatseite. Die Beschwerdeführerin habe eine Privatzimmervermietung beabsichtigt und diesbezüglich einen Feststellungsantrag beim Landeshauptmann eingebracht. Daß sie ein Gastgewerbe ohne die erforderliche Berechtigung ausüben wolle, könne daraus nicht abgeleitet werden. Schließlich sei die Umschreibung der Tatbestandsmerkmale in der Begründung nicht ausreichend und es könnten Gesetzesbestimmungen, die im Straferkenntnis nicht angeführt seien, in die Berufungsentscheidung nicht aufgenommen werden, sodaß mangels rechtzeitiger Verfolgungshandlung Verjährung eingewendet werde. Eine weitere Rechtswidrigkeit liege in der Zitierung der Z. 2 und 3 des § 44a VStG, da diese Bestimmung in Buchstaben unterteilt sei sowie in der Nichtanwendung der "Gewerberechtsnovelle BGBl. Nr. 194/94".

Gemäß § 366 Abs. 1 der - von der belangten Behörde in den vorliegenden Beschwerdefällen anzuwendenden und auch angewendeten - GewO 1994, begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu S 50.000,- zu bestrafen ist, wer

1.

ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben;

2.

eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt.

Für den Ausschank von alkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen bedarf es gemäß § 142 Abs. 1 Z. 3 GewO 1994 und für den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen bedarf es gemäß § 142 Abs. 1 Z. 4 GewO 1994 einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe.

Gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde (§§ 333, 334, 335) errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet ist,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzgesetzes, BGBl. Nr. 234/1972, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, 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 den Nachbar der 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 aufgrund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Soweit sich die Beschwerdeführerin dagegen wendet, daß sie wegen desselben "Strafverhaltens" in "zwei getrennten Erkenntnissen" der belangten Behörde bestraft wurde, ist ihr entgegenzuhalten, daß Verstöße gegen § 366 Abs. 1 Z. 1 und § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 verschiedene Tatbilder verwirklichen, die einander nicht ausschließen (vgl. das - zur GewO 1973 ergangene - hg. Erkenntnis vom 10. April 1984, Slg. 11398 A). Es begegnet daher die Vorgangsweise der belangten Behörde, jede dieser Übertretungen in einem gesonderten Bescheid zu ahnden, keinen Bedenken.

Hinsichtlich des Vorwurfes der Verwirklichung des Tatbildes des § 366 Abs. 1 Z. 1 i.V.m. § 142 Abs. 1 Z. 3 und Z. 4 GewO 1994 bestreitet die Beschwerdeführerin, Getränke in unverschlossenen Gefäßen "verabreicht" zu haben. Dieser Einwand vermag die Beschwerde jedoch - selbst wenn er entgegen den nicht als unschlüssig zu erkennenden Feststellungen der belangten Behörde zutreffen sollte - nicht zum Erfolg zu führen. Denn es bestreitet die Beschwerdeführerin damit nicht, daß die "Verabreichung" der Getränke darauf abgestellt war, diese - entsprechend den Feststellungen der belangten Behörde - an Ort und Stelle zu genießen, sodaß es sich dabei - nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde selbst - i. S.d. § 142 Abs. 2 GewO 1994 um einen Ausschank von alkoholischen bzw. nichtalkoholischen Getränken gehandelt hat. Wenn die belangte Behörde daher weiters aufgrund der Betriebszeit und der näher beschriebenen Ausstattung des Betriebes von der Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart einer Bar ausging, so kann ihr darin - zumal die Beschwerdeführerin auch diesbezüglich nichts vorbringt, was gegen diese Auffassung spräche - nicht mit Erfolg entgegengetreten werden.

Daß sie im Tatzeitpunkt die für diese Gewerbeausübung erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt gehabt hätte, behauptet die Beschwerdeführerin selbst nicht. Ihrem Einwand der Verjährung ist entgegenzuhalten, daß für die Verfolgung eines Beschuldigten der Vorhalt des Tuns oder Unterlassens innerhalb der Verjährungsfrist maßgebend ist, nicht aber der Vorhalt der rechtlichen Qualifikation der Tat. Es schadet daher nicht, wenn die verletzte Verwaltungsvorschrift unrichtig (unvollständig) oder überhaupt nicht zitiert wird (vgl. die bei Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>4</sup> (1990) 872 ff referierte hg. Judikatur).

Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin folgt schließlich aus dem Umstand der im Instanzenzug erfolgten Aufhebung einer gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 verfügten Betriebsschließung nicht, daß die Führung dieses Betriebes ohne Gewerbeberechtigung zulässig wäre.

Hinsichtlich des Vorwurfes der Verwirklichung des Tatbildes des § 366 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. § 74 Abs. 2 Z. 1 und Z. 2 GewO 1994 trifft zunächst der Einwand der Beschwerdeführerin, die belangte Behörde hätte den Ausgang des Feststellungsverfahrens nach § 358 Abs. 1 GewO 1994 "abzuwarten" gehabt, nicht zu. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrmals ausgesprochen hat (vgl. die bei Kobzina-Hrdlicka, Gewerbeordnung 1994 (1994) 581 referierte hg. Judikatur), hat die Behörde im Strafverfahren nach § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1994 die Genehmigungspflicht selbständig auf der Grundlage des § 74 Abs. 2 GewO 1994 zu beurteilen. Die Strafbehörde ist auch nicht verpflichtet, das Verwaltungsstrafverfahren bis zu Abschluß des Verfahrens nach § 358 Abs. 1 GewO 1994 zu unterbrechen. Davon ausgehend hatte daher die belangte Behörde zu beurteilen, ob die von der Beschwerdeführerin wie dargelegt betriebene Einrichtung als gewerbliche Betriebsanlage zufolge ihrer konkreten Eignung, die in § 74 Abs. 2 GewO 1994 näher bezeichneten Auswirkungen hervorzurufen, genehmigungspflichtig ist.

Die grundsätzliche Eignung der Betriebsanlage, Gefährdungen, Beeinträchtigungen oder Belästigungen i.S.d. § 74 Abs. 1 Z. 1 oder Z. 2 GewO 1994 hervorzurufen, ist allerdings nicht schon dann gegeben, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß von der Betriebsanlage Emissionen der verschiedensten Art ausgehen könnten. Erforderlich ist in

Ansehung einer Gefährdung oder Belästigung von Nachbarn vielmehr, daß diese Emissionen auf Nachbarn überhaupt gefährdend oder belästigend einwirken können (vgl. z. B. das hg. Erkenntnis vom 23. November 1993, Zl. 93/04/0131). Zu Recht weist die Beschwerdeführerin daher darauf hin, daß der zweitangefochtene Bescheid Ausführungen darüber vermissen läßt, denen zufolge die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Nachbarn durch die gegenständliche Betriebsanlage mit Grund anzunehmen wäre, zumal das außerhalb der Betriebsanlage sich ereignende Verkehrsgeschehen - selbst wenn es etwa durch Kunden der Betriebsanlage bewirkt würde - deren Genehmigungspflicht nicht auslöst (vgl. z. B. das hg. Erkenntnis vom 6. Februar 1990, Zlen. 89/04/0089, 0090).

Allerdings trifft dieser Vorwurf nicht auch auf die Möglichkeit einer Gefährdung insbesondere der Kunden zu, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen. Die belangte Behörde hat in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit einer Gefährdung in hygienischer (Ausschank der Getränke, Reinigung, sanitäre Anlagen), bautechnischer (z. B. Belüftung der Räume) und brandschutztechnischer Hinsicht (z. B. Notausgänge, Fluchtweg im Brandfall) hingewiesen. Da die Genehmigungspflicht einer gewerblichen Betriebsanlage nach ständiger hg. Judikatur schon dann gegeben ist, wenn die im § 74 Abs. 2 GewO 1994 genannten Auswirkungen auf bestimmte Personen i.S.d. Z. 1 und 2 (bzw. Tätigkeits- oder Sachbereiche i. S.d. Z. 3 bis 5) nicht auszuschließen sind (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 1993, Zl. 91/04/0248), kann der belangten Behörde insoweit nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie - gestützt auf die genannten, nicht von vornherein auszuschließenden Gefährdungsmöglichkeiten - zur Auffassung gelangte, die Einrichtung der Beschwerdeführerin bedürfe gemäß § 74 Abs. 2 Z. 1 GewO 1994 der Genehmigung. Daß die Beschwerdeführerin im Tatzeitpunkt über eine solche Genehmigung verfügt habe, behauptet sie freilich selbst nicht.

Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin folgt auch aus dem Umstand der im Instanzenzug erfolgten Aufhebung einer gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 verfügten Betriebsschließung nicht, daß der Betrieb ohne Betriebsanlagengenehmigung betrieben werden dürfte.

Soweit die Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt, sowohl in erster wie auch in zweiter Instanz des Verwaltungsstrafverfahrens sei ein befangenes Verwaltungsorgan tätig geworden, ist sie zunächst darauf hinzuweisen, daß die allfällige Befangenheit eines in erster Instanz einschreitenden Organs nur einen im erstinstanzlichen Verfahren unterlaufenen Verfahrensmangel darstellte, nicht aber einen solchen, der der belangten Behörde anzulasten wäre. Soweit sie jedoch die Mitwirkung eines befangenen Organs im Verfahren der belangten Behörde behauptet, hat sie es unterlassen, auch die Relevanz dieses allfälligen Verfahrensmangels i.S.d. § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG darzutun.

Als unzutreffend erweist sich schließlich der Vorwurf, die belangte Behörde habe das der Beschwerdeführerin jeweils angelastete Verhalten lediglich in der Bescheidebegründung umschrieben, ebenso wie der Vorwurf, Rechtsvorschriften seien unrichtig zitiert worden.

Zu Recht wendet sich die Beschwerdeführerin allerdings gegen die Strafbemessung sowohl im erst- wie auch im zweitangefochtenen Bescheid. Zwar konnte die belangte Behörde zufolge der der Beschwerdeführerin seitens der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach erteilten Informationen über das Erfordernis einer Gewerbeberechtigung bzw. einer Betriebsanlagengenehmigung davon ausgehen, daß die Beschwerdeführerin die Verwirklichung der in Rede stehenden Tatbilder durch ihr Verhalten zumindest ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden habe und ihr solcherart Vorsatz zur Last liege. Im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdeführerin hatte sich die belangte Behörde bei der Strafbemessung auch vom Gedanken der General- und Spezialprävention leiten zu lassen (vgl. die bei Hauer-Leukauf, S. 796 referierte hg. Judikatur). Soweit die belangte Behörde jedoch - offenbar im Zuge spezialpräventiver Überlegungen - als einen maßgebenden Gesichtspunkt für die Strafbemessung die "Beharrlichkeit", mit der sich die Beschwerdeführerin weigerte, eine ordnungsgemäße Gewerbebeanmeldung vorzunehmen bzw. um Betriebsanlagengenehmigung anzusuchen, heranzog, hat sie es unterlassen, darzulegen, welches Verhalten der Beschwerdeführerin damit konkret gemeint ist. Der Umstand, daß "sie den Betrieb seit 1. 9. 1994 als Obfrau des "Vereins A-Verein zur Förderung der Unterhaltung" auch weiterführt", vermag schon mangels weiterer Feststellungen hinsichtlich der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 366 Abs. 1 Z. 1 und Z. 2 GewO 1994 in dieser Hinsicht nichts zu besagen. Entsprechender Darlegungen hätte es aber umso mehr bedurft, als die belangte Behörde davon ausgegangen ist, daß die Beschwerdeführerin zur Tatzeit unbescholten gewesen sei, ihr vorbeschriebenes Verhalten also offenbar zu keiner Bestrafung geführt hat.



Dazu kommt, daß die belangte Behörde, den Angaben der Beschwerdeführerin folgend, davon ausging, daß diese zwar kein eigenständiges Einkommen habe, jedoch Liegenschaftseigentümerin von G Nr. 15 sei und daher die Verhängung einer Geldstrafe von jeweils S 25.000,-- auch den "persönlichen Verhältnissen (Eigentumsverhältnissen)" der Beschwerdeführerin angemessen sei. Auch insoferne entzieht sich aber die Begründung der jeweiligen Strafbemessung der nachprüfenden Kontrolle, weil die belangte Behörde weder Feststellungen über den Wert dieser Liegenschaft getroffen hat, noch auf die von der Beschwerdeführerin im Verwaltungsstrafverfahren relevierte hypothekarische Belastung dieser Liegenschaft eingegangen ist.

Da nicht auszuschließen ist, daß die belangte Behörde bei Vermeidung dieser Verfahrensmängel zu einem jeweils anderen Strafausmaß gelangt wäre, erweisen sich die angefochtenen Bescheide hinsichtlich des Strafausspruches als mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet. Sie waren daher insoweit gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben, die Beschwerden im übrigen jedoch gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff insbesondere 50 VwGG i.V.m. der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung

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

ECLI:AT:VWGH:1996:1995040139.X00

#### **Im RIS seit**

03.04.2001

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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