

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/9/10 91/04/0118

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 10.09.1991

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §366 Abs1 Z4 idF 1988/399;

GewO 1973 §74 Abs2 idF 1988/399;

GewO 1973 §81 Abs1 idF 1988/399;

VStG §44a lit a;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Weiss und DDr. Jakusch als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde der Monika P in W, vertreten durch Dr. R, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 6. März 1991, Zl. VI/1-1714-1990, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird, soweit die Beschwerdeführerin damit einer Verwaltungsübertretung nach § 370 Abs. 2 in Verbindung mit § 366 Abs. 1 Z. 4 und § 81 GewO 1973 schuldig erkannt und hiefür bestraft wird (Spruchpunkt II) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Im übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 11.720,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Verwaltungsrechtszug ergangenen Bescheid des Landeshauptmannes von Burgenland vom 6. März 1991 wurde die Beschwerdeführerin schuldig erkannt, als gewerberechtliche Geschäftsführerin der O-GesmbH. verantwortlich zu sein, I. daß die Gesellschaft am 1. Juli 1989 um 21.30 Uhr, am 7. Juli 1989 um 22.30 Uhr, am 15. Juli 1989 um 21.45 Uhr, am 28. Juli 1989 um 22.30 Uhr, am 12. August 1989 um 21.30 Uhr, am 24. August 1989 um 21.30 Uhr, am 26. August 1989 um 22.00 Uhr und am 23. September 1989 um 20.40 Uhr die Gastgewerbebetriebsanlage "XY" in N, betrieben habe, wodurch die mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Eisenstadt-Umgebung vom 9. April 1987 vorgeschriebene Auflage: "Die Sperrstunde wird mit 20.00 Uhr festgesetzt" nicht eingehalten worden sei; II. daß zum im Spruchteil I angeführten Standort die genehmigte Gastgewerbebetriebsanlage ohne die erforderliche

Genehmigung (§ 81) geändert und nach der Änderung betrieben worden sei, indem am 9. Juli 1989 von 10.45 Uhr bis 12.15 Uhr, am 16. Juli 1989 von 10.00 Uhr bis 12.00 Uhr und am 23. Juli 1989 von 10.30 Uhr bis 13.30 Uhr eine Orgel mit Musikverstärkeranlage betrieben worden sei.

Sie habe dadurch zu I. eine Verwaltungsübertretung nach § 370 Abs. 2 in Verbindung mit § 367 Z. 26 GewO 1973 begangen, weshalb gemäß § 367 Einleitungssatz GewO 1973 über sie eine Geldstrafe von S 5.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe 150 Stunden) verhängt wurde, und zu II. eine Verwaltungsübertretung nach § 370 Abs. 2 in Verbindung mit § 366 Abs. 1 Z. 4 und § 81 GewO 1973 begangen, weshalb gemäß § 366 Abs. 1 Einleitungssatz GewO 1973 über sie eine Geldstrafe von S 1.500,- (Ersatzfreiheitsstrafe 50 Stunden) verhängt wurde. Nach Darstellung des Verfahrensganges, insbesondere des Berufungsvorbringens führte der Landeshauptmann zur Begründung des Spruchpunktes I. aus, dem Betriebsanlagengenehmigungsbescheid der Bezirkshauptmannschaft Eisenstadt-Umgebung vom 9. April 1987 liege ein Antrag der Betriebsanlageninhaberin zugrunde. Diese habe selbst im damaligen Verfahren beantragt, die Sperrstunde mit 20.00 Uhr festzulegen. Der diesbezügliche Genehmigungsbescheid sei in Rechtskraft erwachsen und die Betriebsanlageninhaberin sohin zur Einhaltung dieser Vorschreibung verpflichtet. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß grundsätzlich im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren Betriebszeiten und nicht Sperrstunden festzulegen wären. Die durch den Betriebsanlagengenehmigungsbescheid verfügte Betriebszeitenbeschränkung bleibe ungeachtet der genehmigten Änderung der Betriebsart des Gastgewerbes von "Weinschenke" auf "Gasthaus", weiterhin aufrecht. Im übrigen übersehe die Beschwerdeführerin, daß auch für die ursprünglich festgelegte Betriebsart "Weinschenke" in der Verordnung des Landeshauptmannes von Burgenland vom 13. November 1957, LGBI. Nr. 9/1957, die Sperrstunde mit 24.00 Uhr festgelegt sei. Wenn das Ende der Betriebszeit im Betriebsanlagengenehmigungsbescheid nicht mit 20.00 Uhr festgelegt worden wäre, hätte daher auch der Betrieb in der Betriebsart "Weinschenke" bis 24.00 Uhr offen gehalten werden dürfen. Die Betriebsart "Gasthaus" berechtige lediglich zu einem größeren Speisenangebot gegenüber der Betriebsart "Weinschenke". Die Änderung der Betriebsart stelle überdies eine Entscheidung dar, die lediglich die Konzession und somit eine persönliche Berechtigung betreffe, während die Betriebsanlagengenehmigung eine dingliche Berechtigung sei, die an der Betriebsanlage hafte. Der Einwand der Beschwerdeführerin, im Gegenstand gelte zwingend § 1 Abs. 1 der Verordnung des Landeshauptmannes von Burgenland vom 13. November 1957, gehe daher ins Leere. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Landesregierung habe in einem gleichartigen Strafverfahren gegen den handelsrechtlichen Geschäftsführer der in Rede stehenden Gesellschaft das Verfahren mit Bescheid eingestellt, sei entgegenzuhalten, daß es sich um keinen gleichgelagerten Fall gehandelt habe. Die Sperrstundenüberschreitung in diesem Fall sei nämlich in der Silvesternacht erfolgt und die Einstellung des Verfahrens auf den in der Sperrstundenverordnung normierten Ausnahmetatbestand für die Silvesternacht gestützt worden.

Zur Begründung des Spruchpunktes II führte der Landeshauptmann nach Darstellung des Verfahrensganges und des Inhalts der Bestimmungen der §§ 366 Abs. 1 Z. 4, § 81 Abs. 1 und § 74 Abs. 2 Z. 2 im wesentlichen aus, die musikalischen Darbietungen am 9., 16. und 23. Juli 1989, die mittels Orgel mit Musikverstärkeranlage erfolgten, stellten nach Ansicht der Berufungsbehörde eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage dar, weil sich aus der Verwendung der Verstärkeranlage neue bzw. größere Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 GewO 1973 ergeben könnten. Eine solche Änderung bedürfe einer Genehmigung gemäß § 81 Abs. 1 leg. cit., die im vorliegenden Fall nicht erteilt worden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin nach ihrem gesamten Vorbringen in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung schuldig erkannt und hiefür bestraft zu werden. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes trägt die Beschwerdeführerin im wesentlichen vor, mit Bescheid vom 20. Dezember 1988 habe "die Landesregierung" die Änderung der Betriebsform der Weinschenke antragsgemäß in die eines Gasthauses bewilligt. In diesem Verfahren habe sich die Bezirkshauptmannschaft in ihrer Stellungnahme mit Nachdruck gegen eine solche Änderung mit der Begründung ausgesprochen, daß gegenüber der "Weinschenke mit Sperrstunde 20.00 Uhr" der Betrieb eines

Gasthauses "insbesondere wegen der damit verbundenen Sperrstundenverlegung" eine Änderung der Betriebsanlage darstelle und darum um die gewerbebehördliche Genehmigungsänderung der Gastgewerbebetriebsanlage "durch Betrieb eines Gasthauses (Sperrstunde 24.00 Uhr)" von der Gesellschaft anzusuchen sei. Die Landesregierung habe diese Ansicht, daß mit der Änderung der Betriebsform in die eines Gasthauses die Sperrstunde 24.00 Uhr sein werde, geteilt, indem sie zwar eine Bewilligung einer Betriebsanlagenänderung mangels Eintrittes einer solchen für nicht erforderlich erklärt habe, die Änderung der Betriebsform aber bewilligt und unter Bezugnahme auf die von der Bezirkshauptmannschaft geäußerten Bedenken wegen einer mit der Sperrstundenverlegung verbundenen erhöhten Beeinträchtigung der Anrainer durch Lärm usw. auf "andere Auflagen" verwiesen habe. Beide Instanzen seien also im Administrativverfahren offenkundig und unzweifelhaft der Rechtsansicht gewesen, mit der Änderung der Betriebsform in ein Gasthaus gelte die Sperrstunde 24.00 Uhr. Noch in einem vorangegangenen Strafverfahren gegen den handelsrechtlichen Geschäftsführer, O, habe auch die belangte Behörde in der Berufungsentscheidung vom 28. August 1989 im völlig gleichgelagerten Fall (mit einem anderen Tatzeitpunkt) die Rechtsansicht vertreten, daß die Sperrstundenfestsetzung durch den Landeshauptmann in der Verordnung zu gelten habe und habe das Strafverfahren in Stattgebung der Berufung eingestellt. Daß es sich dabei, wie die belangte Behörde nunmehr im angefochtenen Bescheid ausführe, um einen Tatzeitpunkt "Silvesternacht" gehandelt habe, sei dabei ohne Belang, weil damit von der belangten Behörde die Vorrangigkeit der Gültigkeit der Verordnung vor dem Betriebsanlagengenehmigungsbescheid anerkannt worden sei. Darüberhinaus habe aber die belangte Behörde in einer weiteren Berufungsentscheidung vom 25. September 1989 ihren damaligen Rechtsstandpunkt bestätigt, daß die Verordnung Vorrang vor dem Betriebsanlagenbescheid habe, und das Verfahren in Stattgebung der Berufung eingestellt. Dabei handle es sich um einen völlig gleichgelagerten Fall, also ohne Besonderheit, wie jene der Silvesternacht im zuvor genannten Fall. Der Hinweis der belangten Behörde, auch für die Weinschenke habe die Sperrstunde 24.00 Uhr nach der Verordnung gegolten, sodaß eine Änderung nicht eingetreten sei, gehe fehl. Die Weinschenke sei in der Verordnung nicht genannt. Ihre Sperrstunde habe also offenbar von der Behörde frei festgesetzt werden können. Für die Weinschenke bestand jedenfalls für die Gesellschaft keine erkennbare generelle Sperrstundenfestsetzung, sodaß sie mit der Änderung der Betriebsform in ein Gasthaus auch die Verlegung der Sperrstunde auf 24.00 Uhr habe erwarten können. Die Beschwerdeführerin habe im Vertrauen auf die von der Landesregierung und von der Bezirkshauptmannschaft im Administrativverfahren und insbesondere auf die im vorgenannten vorangegangenen Strafverfahren gegen O von der belangten Behörde vertretene Rechtsansicht die im Betriebsanlagengenehmigungsbescheid enthaltene Sperrstundenfestsetzung nicht beachtet. Es sei daher zumindest aus subjektiven Gründen eine Strafbarkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerin nicht gegeben. Auch die die musikalischen Darbietungen betreffende Rechtsansicht der belangten Behörde sei verfehlt. Denn bei der "Orgel mit Verstärkeranlage" handle es sich tatsächlich um ein einem Pianino ähnliches Tasteninstrument, dessen Töne dem heutigen technischen Standart auf dem Gebiet der Musikdarbietung entsprechend durch einen sogenannten Verstärker vervielfacht würden. Diese Art der Musikdarbietung sei heutzutage die herkömmliche. Der dadurch erzeugte "Lärm", sei bei weitem geringer als der durch Rasenmäher, Kettensägen usw. in den Gärten und durch Kraftfahrzeuge auf der Straße erzeugte Lärm. Sämtliche Lärmquellen dieser Art befänden sich in unmittelbarer Nähe des Standortes des Gastgewerbebetriebes. Der Musiker bringe sein Musikgerät und ebenso das Verstärkergerät mit und nehme es bei Beendigung der Darbietung wieder mit sich, ohne daß außer der Herstellung des Stromanschlusses besondere, die Betriebsanlage betreffende Vorbereitungen, also "Änderungen der Betriebsanlage" vorgenommen würden. Von einer Änderung der Betriebsanlage könne durch eine solche musikalische Darbietung nicht die Rede sein.

Vorweg ist zunächst darauf zu verweisen, daß der Spruch des Berufungsbescheides der belangten Behörde vom 6. März 1991 zwar in sich insofern widersprüchlich ist, als unter Spruchpunkt I (ohne Einschränkung) ausgesprochen wird, es werde der Berufung der Beschwerdeführerin gegen das erstbehördliche Straferkenntnis keine Folge gegeben, während im Spruchpunkt II in Stattgebung der Berufung der Beschwerdeführerin eine teilweise Behebung des Spruchpunktes II des erstbehördlichen Straferkenntnisses ausgesprochen wird. Aus der diesem Bescheid beigegebenen Begründung ist jedoch unzweifelhaft zu erkennen, daß der Spruch des angefochtenen Bescheides in Wahrheit dahin zu verstehen ist, daß der Berufung der Beschwerdeführerin gegen den Spruchpunkt I des erstbehördlichen Straferkenntnisses keine und gegen dessen Spruchpunkt II teilweise Folge gegeben werde.

Die Beschwerdeführerin vermag mit ihrem die Verwaltungsübertretung nach § 367 Z. 26 GewO 1973 betreffenden Vorbringen eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun. Zur Begründung genügt es in Anwendung der Bestimmung des § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf die diesbezüglichen Darlegungen im hg.

Erkenntnis vom 28. Mai 1991, Zl. 90/04/0203, zu verweisen, welches in einem gleichgelagerten Fall über die Beschwerde des handelsrechtlichen Gesellschafters der in Rede stehenden Gesellschaft ergangen ist.

Hinsichtlich der Verurteilung der Beschwerdeführerin wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 4 GewO 1973 erweist sich die Beschwerde auf Grund nachstehender Erwägungen als berechtigt:

Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 4 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe bis zu S 50.000,-- zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§ 81).

Nach § 81 Abs. 1 leg. cit. bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist.

Zufolge § 74 Abs. 2 Z. 2 leg. cit. 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 sind, die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen.

Gemäß § 44 a lit. a VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten.

Um den Erfordernissen der zuletzt genannten Gesetzesstelle zu entsprechen, hat der Spruch eines Straferkenntnisses die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, daß die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale möglich ist und die Identität der Tat (z.B. nach Ort und Zeit) unverwechselbar feststeht (vgl. das hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 13. Juni 1984, Slg. N.F. Nr. 11466/A).

Nach dem diesbezüglich eindeutigen Wortlaut der Bestimmung des § 81 Abs. 1 GewO 1973 bedarf nicht jede Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung, sondern nur eine solche, die geeignet ist, die im § 74 Abs. 2 leg. cit. umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen. Ein Schulterspruch nach § 366 Abs. 1 Z. 4 GewO 1973 muß daher, um das Erfordernis des § 44 a lit. a VStG zu erfüllen, auch jene Tatumstände enthalten, die eine Beurteilung dahin zulassen, ob die vorgenommene Änderung der Betriebsanlage die im § 74 Abs. 2 GewO 1973 genannten Interessen zu beeinträchtigen geeignet ist. Ein derartiger Hinweis ist dem Spruch des angefochtenen Bescheides nicht zu entnehmen.

Durch die Unterlassung eines solchen Hinweises belastete die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid, soweit er den Schulterspruch nach § 366 Abs. 1 Z. 4 GewO 1973 betrifft, mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb er in diesem Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war. Im übrigen war die Beschwerde aus den dargelegten Gründen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

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

ECLI:AT:VWGH:1991:1991040118.X00

**Im RIS seit**

10.09.1991

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