

Geschäftszeichen:

LVwG-2015/22/2188-1

Ort, Datum:

Innsbruck, 05.10.2015

**K J, U;
Übertretung der Gewerbeordnung 1994 - Beschwerde**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Franz Triendl über die Beschwerde des Herrn K J, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft W vom 11.08.2015, ZI ****, wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als **unbegründet abgewiesen**.

Der Spruch des bekämpften Straferkenntnisses wird wie folgt berichtigt:

- a. Die als erwiesen angenommene Tat (§ 44a Z 1 VStG) lautet nunmehr wie folgt:

*„Sie haben es als Inhaber der mit den Bescheiden der Bezirkshauptmannschaft W vom 18.11.1971, ZI ****, 28.07.1977, ZI ****, 11.06.1987, ZI ****, 17.11.1987, ZI ****, 26.11.1971, ZI ****, 17.11.1981, ZI ****, 25.04.2005, ZI ****, 22.08.2006, ZI **** und vom 30.01.2007, ZI **** genehmigten Betriebsanlage „Hotel T“ in Adresse, deren Sanierung aufgrund der Bescheide vom 17.10.2006, ZI **** und vom 10.12.2007, ZI **** genehmigt wurde, zu verantworten, dass, zumindest seit 26.06.2015 bis zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung durch die Bezirkshauptmannschaft W vom 11.08.2015, ZI ****, die genannte Betriebsanlage in*

geänderter Weise betrieben wurde, da regelmäßig, Donnerstags und Sonntags von 20:00 Uhr bis 22:30 Uhr, Live-Musik in der Betriebsanlage dargeboten wurde. Für die geänderte Betriebsweise waren Sie jedoch nicht im Besitz einer gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung und ist diese Änderung geeignet, die Nachbarn durch Lärm zu belästigen."

- b. Die Strafsanktionsnorm (§ 44a Z 3 VStG) lautet nunmehr „§ 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994“.
2. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Euro 80,- zu leisten.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer Folgendes zur Last gelegt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

*Herr G J in Adresse ist auf Grund der Bescheide der Bezirkshauptmannschaft W vom 18.11.1971, Zl: ****, vom 28.07.1977, Zahl ****, vom 11.06.1987, Zahl ****, vom 17.11.1987, Zahl ****, vom 26.11.1971, Zahl **** und vom 17.11.1981, Zahl **** sowie der Bescheide vom 25.04.2004, vom 22.08.2006 vom 30.01.2007 und vom 10.12.2007 (Zahl ****) zum Betrieb eines Gastgewerbes auf Gp. 75, KG U berechtigt.*

Herr G J, wh. in U, hat es als Gewerbeinhaber des reglementierten Gewerbes 'Gast- und Schankgewerbe nach § 16 Abs. 1 lit. a) bis g) GewO., befristet auf die Dauer der Verpflegungsverabreichung an Hausgäste und Passanten, in der Betriebsform eines Hotels'

im Standort U, GP 75, zu verantworten, dass die genannte genehmigte Betriebsanlage zumindest seit 26.06.2015 ohne die erforderliche Genehmigung geändert bzw. nach der Änderung betrieben worden ist, indem regelmäßig, Donnerstags und Sonntags von 20:00 Uhr bis 22:30 Uhr, Live Musik im Gewerbebetrieb dargeboten wird, obwohl keine Livemusikveranstaltungen genehmigt wurden, und nicht um gewerbebehördliche Genehmigung dieser Änderung, unter Beilage von projektunterlagen in 4-facher Ausfertigung, bei der Bezirkshauptmannschaft W angesucht wurde. Dies stellt eine wesentliche Änderung der genehmigten Betriebsanlage dar. Durch diese Änderung ist eine Beeinträchtigung der Schutzinteressen nach § 74 Abs. 2 GewO 1994 gegeben, da durch die Livemusikveranstaltungen nicht ausgeschlossen werden kann, dass Nachbarn durch Lärm unzumutbar belästigt werden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs. 1 Zif. 3 GewO 1994 iVm § 81 GewO 1994 iVm § 74 Abs. 2 GewO 1994 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe (€): 400,00	Gemäß: § 366 Abs. 1 Zif. 3 GewO	Ersatzfreiheitsstrafe: 4 Tage
---------------------------	------------------------------------	----------------------------------

Im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe tritt an deren Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe. Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 40,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, wobei jedoch mindestens € 10,00 zu bemessen sind.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher: € 440,00"

Dagegen erhob der Beschuldigte fristgerecht Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht und brachte darin vor wie folgt:

„Ich nehme Bezug auf Ihr Schreiben vom 9. Juli 2015 und 11. August 2015.

Wie schon in den vergangenen Jahren, haben wir auch dieses Jahr, live Musikveranstaltungen im Freien, mit Genehmigung des Bürgermeisters von U H F, durchgeführt.

Im Frühjahr wurde mit Einverständnis des Bürgermeisters, die Musikveranstaltung abgesprochen. 2 Veranstaltungen pro Woche, jeweils Sonntags und Donnerstags bis 22:30 Uhr. Wir haben die Musiker dahingehend informiert und sie aufgefordert pünktlich Schluss zu machen. Es sollte lediglich 1x gewesen sein, dass Gäste eine Zugabe verlangt haben und dadurch die abgesprochene Zeit von 22:30 Uhr nicht eingehalten wurde. Ich war am besagten Abend nicht im Betrieb, sodass ich nicht einschreiten konnte.

Im Schreiben vom 4. August 2015 der Gemeinde U wird festgehalten, dass die Veranstaltungen in Absprache mit der Gemeinde genehmigt wurden. Dieses Schreiben wurde

an die Bezirkshauptmannschaft W von der Gemeinde weitergeleitet. Ich habe ebenfalls eine Abschrift erhalten. Nachdem in diesem Schreiben festgehalten wurde, Musikveranstaltungen bis 22:30 Uhr durchzuführen, haben wir in guten Glauben gehandelt.

Im Schreiben vom 12. August 2015 verlangte die Gemeinde U genauere Daten der Veranstaltungen, die wir auch bekannt gegeben haben. In diesem Brief wurde die Veranstaltungszeit auf 22:00 Uhr gekürzt. Wir haben diese Zeit auch pünktlich eingehalten. Auch eine Abschrift dieses Briefes wurde an die BH-W weitergeleitet.

In der Zwischenzeit habe ich auch bei der BH-W persönlich vorgesprochen. Leider war die zuständige Sachbearbeiterin nicht anwesend. Eine weitere Mitarbeiterin konnte mir auch keine konkrete Auskunft geben.

Abschließend möchte ich festhalten, dass eine einseitige Behandlung der Sachlage festgestellt werden muss, ohne Überprüfung der Behörde bzw. der Polizei. Es wurden nur Angaben des Beschwerdeführenden zur Gesamtbeurteilung herangezogen, sodass eine ausgewogene Beurteilung nicht angenommen werden kann."

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den Verwaltungsstrafakt der Bezirkshauptmannschaft W, den Akt des Landesverwaltungsgerichtes, die Beschwerde und das gegenständliche Gewerberegister.

Aus dem im Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde befindlichen Schreiben des Bürgermeisters der Gemeinde U vom 04.08.2015 geht hervor, dass der nunmehrige Beschwerdeführer wie bereits in den letzten Jahren in den Sommermonaten von Juni bis August, je nach Witterung, Veranstaltungen mit Live-Musik auf der Hotelterrasse veranstalten würde. Diese würden ein bis zwei Mal wöchentlich durchgeführt werden und würden spätestens um 22:30 Uhr enden. Zudem hätten die heurigen Witterungsverhältnisse mehrere Veranstaltungen im Freien ermöglicht.

Aus dem im Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde befindlichen Schreiben der PI R vom 06.08.2015 geht hervor, dass die Juniorchefin der gegenständlichen Betriebsanlage dem Beamten der PI R gegenüber angegeben hätte, dass Sonntags und Donnerstags, jeweils von ca 20:00 Uhr bis ca 22:30 Uhr, Live-Musik-Veranstaltungen, bei schönem Wetter auf der Terrasse und bei schlechtem Wetter im Inneren der gegenständlichen Betriebsanlage, stattfinden würden.

In einem weiteren Schreiben des Bürgermeisters der Gemeinde U vom 12.08.2015 bescheinigt dieser, dass der nunmehrige Beschwerdeführer ordnungsgemäß Veranstaltungen (Tanzabende mit Live-Musik), welche auf der Terrasse der gegenständlichen Betriebsanlage, jeweils von 20:00 Uhr bis 22:30 Uhr, durchgeführt werden sollen, für den 13.08., 16.08., 20.08., 23.08., 27.08. und 30.08.2015 angemeldet hätte.

Schließlich gab der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde selbst an, bereits in den letzten Jahren Live-Musik-Veranstaltungen im Freien durchgeführt gehabt zu haben. Zudem nahm er auf das bereits erwähnte Schreiben des Bürgermeisters der Gemeinde U vom 12.08.2015 Bezug, wonach bereits weitere Veranstaltungen angemeldet worden wären.

Aus den genannten Schreiben geht schlüssig und zweifelsfrei hervor, dass bereits regelmäßig Live-Musik-Veranstaltungen auf der Terrasse der gegenständlichen Betriebsanlage stattgefunden haben und geplant ist, dass diese auch weiterhin regelmäßig stattfinden sollen.

III. Rechtslage:

Die hier maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, BGBl 1994/194 idF BGBl I 2015/48 (GewO 1994), lauten wie folgt:

„§ 74

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

(2) Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

- 1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen eingetragenen Partners, 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 benachbarter Anlagen oder Einrichtungen zu beeinträchtigen,*
- 4. die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder*
- 5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.*

(3) Die Genehmigungspflicht besteht auch dann, wenn die Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteiligen Einwirkungen nicht durch den Inhaber der Anlage oder

seine Erfüllungsgehilfen, sondern durch Personen in der Betriebsanlage bewirkt werden können, die die Anlage der Art des Betriebes gemäß in Anspruch nehmen.

[...]

§ 81

(1) Wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist, bedarf auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen. Diese Genehmigung hat auch die bereits genehmigte Anlage so weit zu umfassen, als es wegen der Änderung zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

[...]

§ 366

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

[...]

3. eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f);

[...]"

Die hier maßgebliche Bestimmung des Verwaltungsstrafgesetzes, BGBl 1991/52 idF BGBl I 2013/33, (VStG) lautet wie folgt:

„§ 44a

Der Spruch hat, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:

- 1. die als erwiesen angenommene Tat;*
- 2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;*
- 3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;*
- 4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;*
- 5. im Fall eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten."*

Die hier maßgebliche Bestimmung des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2015/82, (VwGVG), lautet wie folgt:

„§ 24

Verhandlung

(1) Das Verwaltungsgericht hat auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

(2) Die Verhandlung kann entfallen, wenn

1. der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist oder

2. die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen ist.

(3) Der Beschwerdeführer hat die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden.

(4) Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

[...]"

IV. Erwägungen:

Im angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschuldigten zur Last gelegt, die mit mehreren Bescheiden der Bezirkshauptmannschaft W genehmigte Betriebsanlage Hotel „T“ auf dem Gst 75 KG U, ohne die erforderliche Genehmigung geändert bzw nach der Änderung betrieben zu haben, indem regelmäßig, Donnerstags und Sonntags von 20:00 Uhr bis 22:30 Uhr Live-Musik im Gewerbebetrieb dargeboten werde.

Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass für die gegenständliche Betriebsanlage die gewerbebehördliche Genehmigung für „Live-Musik“ nicht vorliegt (siehe die im Straferkenntnis zitierten Genehmigungsbescheide) und wurde dies auch zu keinem Zeitpunkt bestritten.

Zur Abgrenzung des Gewerberechts vom Veranstaltungsrecht genügt es an dieser Stelle auf das Grundsatzurkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27.02.1992 hinzuweisen (vgl VfGH 27.02.1992, B1062/90; 27.02.1992, B95/91; 27.02.1992, B644/91 - „Diskotheken-Erkenntnis“), in welchem der VfGH aussprach, dass, wenn musikalische Darbietungen in einem Gewerbebetrieb veranstaltet werden, es dem Bundesgesetzgeber freistehe, gewerberechtliche Regelungen für den Gastgewerbebetrieb zu erlassen. Es bestehe - auch in historischer Sicht - kein Anlass anzunehmen, dass der Bund die Kompetenz zur Regelung von bei Gastgewerbebetrieben auftretenden typisch gewerberechtlichen Fragen verliere, sofern Gastwirte Tanzunterhaltungen in ihren Lokalen gestatten oder durchführen würden.

Im Erkenntnis des VwGH vom 17.04.1998, 96/04/0269, hebt dieser hervor, dass hinzugenommene Live-Musik, die nicht gewerbebehördlich genehmigt ist, die Betriebsweise

der Anlage ändert und sohin nicht vom gewerbebehördlichen Betriebsanlagenkonsens umfasst ist.

Eine derart gewerberechtlich relevante Änderung der Betriebsweise einer Anlage ist jedoch nur bei einer regelmäßigen Durchführung von Veranstaltungen anzunehmen. So ist etwa die (ausschließlich) ein- oder zweimalige Durchführung von Veranstaltungen in einem Gewerbebetrieb, ohne dass Anhaltspunkte für weitere (zukünftige) Veranstaltungen, wie etwa die Ankündigung einer Veranstaltungsreihe auf einem Plakat, vorliegen, jedenfalls nicht geeignet, die Betriebsweise einer Anlage abzuändern.

Im gegenständlichen Fall kann jedoch nicht von einer ein- oder zweimaligen Durchführung einer Veranstaltung gesprochen werden. Vielmehr wurden bereits in den vergangenen Jahren sowie auch heuer, regelmäßig Live-Musik-Veranstaltungen am Standort der gegenständlichen Betriebsanlage durchgeführt. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus den bereits erwähnten Angaben der Juniorchefin der gegenständlichen Betriebsanlage gegenüber der PI R sowie insbesondere aus dem Vorbringen in der Beschwerde. Darüber hinaus war zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung der belangten Behörde bereits geplant, dass diese Veranstaltungen auch weiterhin (in der Zukunft) regelmäßig stattfinden sollten. Diesbezüglich findet sich im Verwaltungsstrafakt der belangten Behörde auch das bereits erwähnte Schreiben des Bürgermeisters der Gemeinde U vom 12.08.2015, wonach der nunmehrige Beschwerdeführer ordnungsgemäß Veranstaltungen (Tanzabende mit Live-Musik), welche auf der Terrasse der gegenständlichen Betriebsanlage, jeweils von 20:00 Uhr bis 22:30 Uhr, durchgeführt werden sollen, für den 13.08., 16.08., 20.08., 23.08., 27.08. und 30.08.2015 angemeldet hätte.

Werden die Veranstaltungen regelmäßig durchgeführt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Veranstaltungen im Rahmen des Gewerbebetriebes stattfinden. Werden die Veranstaltungen in zeitlicher und/oder räumlicher Hinsicht vom Gewerbebetrieb getrennt durchgeführt, liegt keine gewerbebehördlich zu genehmigende Änderung der Betriebsweise der Betriebsanlage vor, zumal mit der von der Betriebsanlage zeitlich (außerhalb der Betriebszeiten) und/oder räumlich (auf einem Teil der Betriebsanlage, auf dem die der Betriebsanlage zugrundeliegende gewerbliche Tätigkeit nicht ausgeübt wird) getrennten Veranstaltung kein Einfluss auf die Betriebsweise des Gewerbebetriebes verbunden ist.

Im gegenständlichen Fall steht unzweifelhaft fest, dass die Live-Musik-Veranstaltungen auf der Terrasse oder im Inneren der Betriebsanlage stattgefunden haben bzw weiterhin stattfinden sollen. Die Veranstaltungen finden jedenfalls während der Betriebszeiten (die Veranstaltungen dienen der Unterhaltung der Hotelgäste) und auf einem Teil der Betriebsanlage statt, auf dem die der Betriebsanlage zugrundeliegende gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird (Bewirtung bzw Unterhaltung der Hotelgäste).

Aufgrund dieser Tatsachen steht für das erkennende Gericht zweifelsfrei fest, dass die nicht genehmigten Live-Musik-Veranstaltungen bereits in der Vergangenheit regelmäßig stattgefunden haben, diese auch in der Zukunft regelmäßig durchgeführt werden sollen und dass die Veranstaltungen weder in zeitlicher, noch in räumlicher Hinsicht vom Gewerbebetrieb getrennt durchgeführt wurden bzw werden sollen.

§ 81 GewO 1994 bestimmt, dass, wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs 2 GewO 1994 umschriebenen Interessen erforderlich ist, auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer betriebsanlagenrechtlichen Genehmigung bedarf.

Im konkreten Fall steht zweifellos fest, dass die Live-Musik-Veranstaltungen geeignet sind, die Nachbarn durch Lärm zu belästigen (§ 74 Abs 2 Z 2 GewO 1994). Dies ergibt sich unstrittig aus der im behördlichen Akt einliegenden Nachbarbeschwerde.

Gemäß § 366 Abs 1 Z 3 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 € zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder geändert betreibt (§ 81).

Nach § 44a VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, ua

- die als erwiesen angenommene Tat und
- die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, zu enthalten.

Dem Spruch des Straferkenntnisses kommt im Hinblick auf die in § 44a VStG festgelegten Erfordernisse besondere Bedeutung zu. Der Beschuldigte hat nach der Rechtsprechung des VwGH ein Recht darauf, schon dem Spruch unzweifelhaft entnehmen zu können, welcher konkrete Tatbestand als erwiesen angenommen wurde, worunter die Tat zu subsumieren ist und welche Strafe unter Anwendung welcher Bestimmung über ihn verhängt wurde. Die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, muss in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht werden (vgl *Hauer/Leukauf*, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ FN 2 zu § 44a VStG).

Der VwGH hat in ständiger Judikatur hervorgehoben, dass sich aus dem Wortlaut des § 366 Abs 1 Z 3 GewO 1994 ergibt („ändert oder nach der Änderung betreibt“), dass damit zwei alternative Straftatbestände umfasst sind (vgl VwGH 26.4.1994, 93/04/0243; 20.09.1994, 93/04/0087). Bei der konsenslosen Änderung der Betriebsanlage handelt es sich um ein Zustandsdelikt, beim genehmigungslosen Betrieb einer Betriebsanlage nach genehmigungsloser Änderung in aller Regel um ein fortgesetztes Delikt.

Das jeweilige Tatverhalten ist bereits in der Verfolgungshandlung und sodann im Schuldspruch entsprechend den Anforderungen des § 44a Z 1 VStG zu konkretisieren. Ein Schuldspruch nach § 366 Abs 1 Z 3 GewO 1994 muss das Tatverhalten hinsichtlich der alternativen Straftatbestände „ändern“ und „nach Änderung betreiben“ widerspruchsfrei darstellen (vgl *Ziermann in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler*, Die gewerbliche Betriebsanlage³ (2008) Rz 378).

Die Behörde wirft dem Beschwerdeführer vor, er habe es zu verantworten, dass die genannte genehmigte Betriebsanlage zumindest seit 26.06.2015 ohne die erforderliche Genehmigung geändert bzw nach der Änderung betrieben worden ist. Mit dieser Spruchformulierung wird sowohl das Ändern, als auch das Betreiben nach Änderung vorgeworfen und verabsäumt es die belangte Behörde sohin, das Tatverhalten hinlänglich – insbesondere widerspruchsfrei – darzustellen (vgl VwGH 30.03.1993, 91/04/0220).

In der vorliegenden Fallkonstellation wäre es nahegelegen, dem Beschuldigten ein konsensloses Betreiben zur Last zu legen, zumal die Behörde dem Beschwerdeführer vorwirft, dass regelmäßig, Donnerstags und Sonntags von 20:00 Uhr bis 22:30 Uhr Live-

Musik im Gewerbebetrieb dargeboten werde. Aus dem Inhalt des Verwaltungsstrafaktes geht unzweifelhaft hervor, dass die belangte Behörde beabsichtigt hatte, dem Beschuldigten tatsächlich das Betreiben der Betriebsanlage nach Änderung zur Last zu legen.

Da im angefochtenen Straferkenntnis bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) das strafbare Verhalten insofern nicht präzise genug umschrieben ist, als jedenfalls nicht erkennbar ist, welcher der beiden alternativen Straftatbestände des § 366 Abs 1 Z 3 GewO 1994 vorgeworfen wird, hatte das erkennende Gericht den Spruch – innerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist, welche zum Zeitpunkt der Erkenntnisfindung des erkennenden Gerichts jedenfalls noch nicht verstrichen war – gemäß § 50 VwGVG im Rahmen einer bloßen Klarstellung entsprechend zu präzisieren.

Zudem hätte die belangte Behörde das Ende des Tatzeitraumes des konsenslosen Betriebes kalendermäßig eindeutig umschreiben müssen. Da der Tatzeitraum seitens der belangten Behörde lediglich hinsichtlich dessen Beginns kalendermäßig eindeutig umschrieben worden ist, war der Spruch diesbezüglich zu korrigieren (vgl. *Ziermann* in *Stolzlechner/Wendl/Bergthaler*, Die gewerbliche Betriebsanlage³ (2008) Rz 378).

Schließlich verabsäumte es die belangte Behörde, als Strafsanktionsnorm iSd § 44a Z 3 VStG „§ 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994“ zu zitieren und war sohin der Spruch auch diesbezüglich zu korrigieren (vgl. VwGH 20.12.1994, 92/04/0276; 25.04.1995, 93/04/0061).

Im Zusammenhang mit der genannten Rechtsprechung steht für das erkennende Gericht fest, dass die gegenständliche Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung für die Änderung der Betriebsweise betrieben worden ist. Daran vermochte auch das unsubstantiierte Vorbringen in der Beschwerde nichts zu ändern. Somit hat der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand der vorgehaltenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Zur subjektiven Tatseite ist grundsätzlich auszuführen, dass gemäß § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt. Gegenständlich handelt es sich um ein „Ungehorsamsdelikt“, da es sich um eine Verwaltungsübertretung, zu deren Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, handelt. Vom Beschuldigten wurde in dessen Beschwerde nicht glaubhaft gemacht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Es wäre seine Aufgabe gewesen, sich über die entsprechenden Bestimmungen der GewO 1994 im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Einholung einer Genehmigung für das Betreiben der Betriebsanlage nach deren Änderung zu informieren und dementsprechend zu handeln.

Als Verschuldensgrad war sohin jedenfalls Fahrlässigkeit anzunehmen.

Strafbemessung:

Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach Abs 2 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.

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens der belangten Behörde wurde der nunmehrige Beschwerdeführer aufgefordert, seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse gemäß § 19 VStG bekanntzugeben. Dieser Aufforderung ist der Beschwerdeführer nicht nachgekommen und musste sohin laut gängiger Rechtsprechung des VwGH eine diesbezügliche Einschätzung seitens des erkennenden Gerichtes getroffen werden.

Insofern und in Anbetracht der Tatsache, dass der Beschwerdeführer Inhaber eines Hotels ist, ist jedenfalls von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen.

Grundsätzlich ist der Unrechtsgehalt der vorliegenden Übertretung erheblich, zumal Ziel der gegenständlich relevanten gesetzlichen Bestimmungen der GewO 1994 unter anderem der Schutz der Nachbarn vor Lärmbelästigungen ist. Das nicht gewerbebehördlich genehmigte Durchführen von Live-Musik-Veranstaltungen ist jedenfalls geeignet, eben diesen Schutz zu unterlaufen und hätte dies der Beschwerdeführer entsprechend berücksichtigen müssen.

Mildernd war angesichts zweier, wenngleich nicht einschlägigen Verwaltungsstrafvormerkungen nichts zu werten. Als erschwerend war im gegenständlichen Fall ebenfalls nichts zu werten.

Beim Verschulden war – wie bereits ausgeführt - zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen.

Unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen erscheint dem erkennenden Gericht die von der belangten Behörde verhängte Strafe von Euro 400,-- jedenfalls als tat- und schuldangemessen, zumal damit der gesetzliche Strafrahmen (Geldstrafe bis zu Euro 3.600,00) nur zu ca 11,00 % ausgeschöpft wird.

Der gegenständliche Sachverhalt konnte aufgrund der Aktenlage in den entscheidungsrelevanten Punkten als geklärt angesehen werden. Vor diesem Hintergrund konnte im Sinne des § 24 Abs 4 VwGVG eine Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol, nicht zuletzt auch aufgrund des Fehlens eines diesbezüglichen Antrages des Beschwerdeführers, entfallen. Eine mündliche Erörterung ließ eine weitere Klärung der vorliegenden Rechtssache nicht erwarten. Einem Entfall der Verhandlung standen auch weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen (vgl VwGH 03.10.2013, 2012/06/0221; 21.03.2014, 2011/06/0024).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd 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 des Verwaltungsgerichtshofes. 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.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzubezahlen (vgl § 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Franz Triendl
(Richter)