OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-800469/7/MS

Datum:
Linz, 23. Mai 2022

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des A P R, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. R M, x, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 10. Jänner 2022, GZ: BHVB/921170048421/21, wegen einer Verwaltungsübertretung nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Mai 2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch des bekämpften Straferkenntnisses wie folgt zu lauten hat:
„Sie haben es als Betreiber des Selbstbedienungsshops in D, W, zu verantworten, dass am 19.06.2021 um 00:22 Uhr am Standort D, W, die mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 03.11.2014, GZ: Ge20-07-45-03-2014, genehmigte Betriebsanlage in Form eines Verkaufsraumes (SB-Bereich mit Automaten) außerhalb der genehmigten Betriebszeiten von 06:00 Uhr bis 24:00 Uhr ohne Vorliegen der erforderlichen gewerbebehördlichen Betriebsanlagenänderungsgenehmigung betrieben wurde, indem der Shop frei zugänglich und die Warenentnahme aus den Automaten möglich war. Durch den Betrieb nach 24:00 Uhr können Nachbarn durch Lärm belästigt werden.“ und
die verletzte Rechtsvorschrift in: „§ 366 Abs. 1 Z 3 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 94/2017“ sowie die Strafnorm in „§ 366 Abs. 1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 94/2017“ geändert wird.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 30 Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe) zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (in der Folge: belangte Behörde) vom 10. Jänner 2022, GZ: BHVB/921170048421/21, wurde über den Herrn A P R (in der Folge: Beschwerdeführer) eine Geldstrafe in der Höhe von 150 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 verhängt.

Dem Schuldspruch liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Datum/Zeit: 19.06.2021, 00:22 Uhr
Ort: D, W, Selbstbedienungsshop

Sie haben als Verantwortlicher der Firma Selbstbedienungsshop R in D, W, folgende Übertretung der Gewerbeordnung zu verantworten.
Die genannte Firma hat am 19.06.2021 um 00:22 Uhr auf dem Standort D, W, eine mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 11.07.2013 GZ.: Ge20-07-45-02-2013, genehmigte Betriebsanlage für A R - Selbstbedienungsshop betrieben, obwohl eine genehmigungspflichtige Änderung gemäß § 81 Abs.1 GewO. ohne Genehmigung durchgeführt wurde.
Es wurde festgestellt, dass die Betriebszeiten welche von 06:00 Uhr bis 24:00 Uhr festgelegt wurden, nicht eingehalten wurden.
Die Genehmigungspflicht ist dadurch gegeben, da Anrainer durch Lärm belästigt werden können.“

Gegen dieses Straferkenntnis hat der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin die Anträge gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge eine mündliche Verhandlung anberaumen sowie gemäß § 28 Abs. 2 und 3 1. Satz bzw. 2. Satz VwGVG den angefochtenen Bescheid aufheben; in eventu gemäß § 28 Abs. 2 und 3 1. Satz VwGVG den angefochtenen Bescheid - gegebenenfalls nach berichtigender Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes - abändern und von einer Strafe gegenüber A P R absehen; in eventu den angefochtenen Bescheid aufheben und die Verwaltungsstrafsache zur ergänzenden Sachverhaltsermittlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde I. Instanz zurückverweisen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, wenn die Behörde meine, dass eine genehmigungspflichtige Änderung gemäß § 81 Abs. 1 GewO 1994 ohne Genehmigung durchgeführt worden wäre und dass Betriebszeiten nicht eingehalten worden seien, so irre sie. Aus dem Spruch des Straferkenntnisses sei nicht eindeutig ersichtlich, worin die genehmigungspflichtige Änderung gelegen sei. Die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung sei ausreichend zu konkretisieren, da der Beschuldigte ansonsten nicht ausreichend und im Detail hierzu Stellung nehmen könne. Von der Behörde werde im konkreten Fall lediglich allgemein festgehalten, dass Betriebszeiten nicht eingehalten worden seien, die

aber aus einem genehmigungslosen Betrieb resultieren müssen, wenn eine strafbare Handlung vorliegen solle. Genaueres werde aber nicht vorgehalten, sodass der Bescheid bereits aus diesem Grunde rechtswidrig sei. Die Behörde sei im Spruch nicht darauf eingegangen, dass es einen Bescheid vom 3. November 2014 zu GZ: Ge20-07-45-03-2014 gebe, der den im Tatvorwurf bezeichneten Bescheid abgeändert und ersetzt habe. Der Tatvorwurf beruhe daher auch auf einer unrichtigen Rechtsgrundlage und sei alleine deswegen schon nicht ausreichend konkretisiert. Die Behörde sei im Ermittlungsverfahren nicht auf den Vorhalt bezüglich des vorgenannten heranzuziehenden Bescheides eingegangen, sondern führe diese lediglich aus, dass von der Behörde nicht nachvollzogen werden könne, welche nachgelagerten Bescheide den von der Behörde herangezogenen Bescheid aufgehoben hätten. Der Beschwerdeführer habe aber mehrmals auf den vorgenannten Bescheid vom 3. November 2014 verwiesen, welcher eine Änderung der Sach- und Rechtslage darstelle. Diesbezüglich sei der Strafvorwurf nicht konkretisiert, das Ermittlungsverfahren mangelhaft und liege auch eine mangelhafte Begründung vor. Darüber hinaus sei darauf zu verweisen, dass § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 mit dem Tatbestandsmerkmal „genehmigungspflichtige Änderung“ Maßnahmen umfasse, durch die sich neue oder größere Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 GewO 1994 ergeben könnten. Dem Konkretisierungsgebot hinsichtlich der zur Last gelegten Tat werde allerdings beim Vorwurf des Betriebes eines Gastgewerbes im Regelfall mit einem Hinweis auf die Betriebsart Rechnung getragen. Die belangte Behörde nehme aber in keiner Weise auf die Betriebsart Bezug, sondern beschreibe lediglich im Firmennamen den Passus „Selbstbedienungsshop“, welcher allerdings ohnedies nicht Teil des Firmennamens sei. Weiters sei das in Betracht kommende Gewerbe im Spruch wörtlich zu benennen. Darüber hinaus bedürfe nicht jede Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung, sondern nur eine solche, die geeignet sei, die im § 74 Abs. 2 GewO 1994 umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen. Ein Schuldspruch nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 müsse daher auch jene Tatumstände enthalten, die eine Beurteilung dahingehend zulassen, ob die vorgenommene Änderung der Betriebsanlage diese Interessen zu beeinträchtigen geeignet sei. Die Verwaltungsbehörde habe zwar die Vorfrage der Beeinträchtigung dieser Interessen nur im Hinblick auf die konkrete Eignung der interessierenden Anlage zu beurteilen. Stelle sie dabei aber auf den Nachbarschutz ab, so bedarf es entsprechender Feststellungen zum Vorhandensein von Nachbarn. Derartige Feststellungen würden fehlen und seien auch konkret keine Nachbarn bzw. Anrainer vorhanden, die durch Lärm belästigt werden könnten, sodass bereits aus diesem Grund der Bescheid aufzuheben sei. Unabhängig davon, dass ohnedies keine Anrainer vorhanden seien, werde von der belangten Behörde auch nicht darauf Bedacht genommen, dass von Kunden verursachte Lärmimmissionen, die vom öffentlichen Parkplatz und von den Zugangswegen zur Betriebsanlage ausgehen, der Betriebsanlage nicht zuzurechnen seien, wenn weder der Parkplatz, noch die Zugangswege vom Genehmigungsumfang der Behörde umfasst seien. Im

gegenständlichen Fall würden sich nach der Anzeige die von der Exekutive angetroffenen Personen auf dem Parkplatz und den Zufahrten zum Objekt aufgehalten haben, dieser Bereich sei aber nicht von der Genehmigungspflicht umfasst und könnten sohin die Lärmimmissionen auch nicht dem Beschwerdeführer zugerechnet werden. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass der von der Behörde angesprochene Bescheid vom 11. Juli 2013 mit Bescheid vom 3. November 2014 ersetzt worden sei und sei eine Änderung der Betriebsanlage für einen Verkaufsautomaten mit Verabreichungsplätzen genehmigt worden. Der Bescheid aus dem Jahr 2013 sei zum Tatzeitpunkt nicht mehr in Kraft gewesen. Zum Zeitpunkt des Tatvorwurfes sei auch kein Verabreichungsplatz mehr vorgelegen, das Gastgewerbe in dieser Betriebsart sei ruhendgestellt worden und sei auch der Bescheid aus dem Jahr 2014 hinsichtlich der Betriebszeiten nicht mehr schlagend. Mit 2. April 2020 sei das Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe und des Handelsagenten zur GISA-Zahl 32555301 angemeldet worden. Diesem unterliege der gegenständliche Automatenverkauf und daher nicht dem Öffnungszeitengesetz. Nach § 2 des Öffnungszeitengesetzes sei die Warenabgabe aus Automaten vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Gemäß § 52 GewO 1994 unterliege weiters die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten, die für die Selbstbedienung durch Kunden bestimmt seien, nicht dem § 46 Abs. 1 bis 3 GewO 1994. Eine derartige Verabreichung durch Automaten bedürfe keines Befähigungsnachweises für das Gastgewerbe und sei diesbezüglich lediglich eine Anzeige nach § 52 Abs. 1 GewO 1994 erforderlich. Es sei auch keine Anzeige einer weiteren Betriebsstätte nach § 46 notwendig. Es liege sohin weder eine Betriebsstätte mit fixen Betriebszeiten vor, noch sei die Verwendung von derartigen Verkaufsautomaten den sonst für die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit relevanten Öffnungszeitenbeschränkungen unterlegen. Es werde weiters auf § 111 Abs. 2 Z 6 GewO 1994 verwiesen, der den Verkauf von nichtalkoholischen Getränken betreffe und diesen Verkauf nicht unter das reglementierte Gastgewerbe subsumiere. Vielmehr sei es so, dass der Beschuldigte im Rahmen seiner bestehenden Tätigkeit des Handels mit Waren aller Art die Tätigkeit ausüben dürfe und nicht Betriebszeiten oder Öffnungszeiten unterliege. Gemäß § 154 GewO 1994 stehe dem Gewerbetreibenden im Kleinhandel auch das Recht zu, Speisen in einfacher Art zu verabreichen und nichtalkoholische Getränke auszuschenken, wenn hierbei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze bereitgestellt würden. Letztere gebe es, wie bereits ausgeführt, nicht. Der Beschuldigte habe im Übrigen ein Schließsystem installiert, welches zu den angeblich vorgeschriebenen Betriebszeiten die Türen schließe, obwohl es ohnedies keine festgesetzten Betriebszeiten mehr gebe. Wenn die Kunden allenfalls während der Öffnungszeiten die Türen aufspreizen und sohin offenhalten sollten, so liege dies nicht im Verantwortungsbereich des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer könne nicht immer um Mitternacht vor Ort sein und das Objekt überwachen. Die lapidare Begründung der Behörde, dass der Beschuldigte eine geeignete Möglichkeit finden müsse, dass die Betriebsanlage ab 24:00 Uhr nicht mehr von Kunden betreten werden könne, sei nicht

nachvollziehbar und praxisfremd. Im Übrigen sei festgehalten, dass im weiteren Umkreis zum Tatort sich etliche Automatenshops befinden würden, die allesamt keine Sperrzeiten auferlegt haben würden. Es handle sich im gegenständlichen Fall mehr um grundsätzliche Animositäten, die zu den Anzeigen geführt hätten. Selbst wenn das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Ansicht käme, dass ein Verstoß vorliege, so hätte der Beschwerdeführer in Ansehung der Sach- und Rechtslage lediglich ein marginales Verschulden zu vertreten, da er einerseits die Ansicht habe vertreten können, dass der Selbstbedienungsshop keinen Betriebszeiten unterliege, andererseits aber auch, dass er nicht ständig die Schließung des Objektes in der Nacht überwachen könne. Es wäre daher allenfalls mit einer Ermahnung vorzugehen gewesen.

Mit Schreiben vom 23. Februar 2022 legte die belangte Behörde diese Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vor

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. Mai 2022, bei der der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter anwesend waren und gehört wurden. Die belangte Behörde hat an der Verhandlung nicht teilgenommen.

Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:
Mit Bescheid der belangten Behörde vom 3. November 2014, GZ: Ge20-07-45-03-2014, wurde dem Beschwerdeführer die gewerbebehördliche Genehmigung für die Änderung der bestehenden Waschanlage durch Errichtung und Betrieb einer gastgewerblichen Betriebsanlage, im Konkreten durch Aufstellung von Verkaufsautomaten mit Verabreichungsplätzen, am Standort D, W, Grundstück Nr. x, KG X, erteilt. Die Erweiterung der Anlage erfolgte durch Errichtung eines Automaten-Selbstbedienungsshops, welcher geteilt war in einen Gastraum mit 25 m² und maximal acht Verabreichungsplätzen und einen Verkaufsraum für die Aufstellung der Verkaufsautomaten mit einer Größe von 48 m²; die Automaten sind mit nichtalkoholischen Getränken und Snacks (Sandwich, Süßigkeiten, Knabbergebäck uä.) befüllt. Die Betriebszeiten wurden mit Montag bis Sonntag, täglich von 06:00 Uhr bis 24:00 Uhr, ausgewiesen. Eine Unterscheidung der Betriebszeiten für Gastraum und Verkaufsraum erfolgte im Betriebsanlagengenehmigungsbescheid nicht. Im Jahr 2020 wurde die Verabreichungsplätze aufgelassen und der Gastraum geschlossen; der Verkaufsraum, in dem sich die Automaten befinden, war von der Auflassung nicht umfasst.

Die Eingangstüre zum Selbstbedienungsshop verfügt über einen automatischen Türschließer. Dieser Türschließer besitzt eine Funktion, die ein permanentes Offenstehen der Türe möglich macht.
Am 19. Juni 2021 um 00:22 Uhr war der Selbstbedienungsshop am Standort D, W, geöffnet und konnten von den Kunden Getränke und Snacks aus den Automaten entnommen werden. Der Shop war beleuchtet.
Im unmittelbaren Nahbereich der Betriebsanlage befindet sich die Liegenschaft Grundstück Nr. x; diese Liegenschaft befindet sich im Besitz des Bf. Das nächstgelegene Nachbargrundstück mit Wohngebäude befindet sich in 166,22 m Entfernung zum Selbstbedienungsshop und hat die Grundstücksnummer x.

Der hier festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus dem Akteninhalt, insbesondere aus der darin einliegenden Anzeige der Polizeiinspektion Schwanenstadt vom 20. Juni 2021 samt Foto. Aus der Anzeige ergibt sich eindeutig, dass zum Tatzeitpunkt der Shop geöffnet war und wird dies auch durch das Foto belegt.
Der Umstand des geöffneten Shops wird vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten, sondern vorgebracht, dass für den Automaten-Selbstbedienungsshop eine gewerbebehördlich genehmigte Betriebszeit, die vom Betreiber einzuhalten wäre, nicht vorliege.

Bei der Frage, ob der Selbstbedienungsshop nach 24:00 Uhr ohne Betriebsanlagengenehmigung betrieben werden darf, handelt es sich um eine Rechtsfrage.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt.

Gemäß § 74 Abs. 2 GewO 1994 dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,
1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnen-schutzgesetzes 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 Recht 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 aufgrund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Nach § 77 Abs. 1 GewO 1994 ist die Betriebsanlage zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, dass überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden. Die nach dem ersten Satz vorzuschreibenden Auflagen haben erforderlichenfalls auch Maßnahmen für den Fall der Unterbrechung des Betriebes und der Auflassung der Anlage zu umfassen; die Behörde kann weiters zulassen, dass bestimmte Auflagen erst ab einem dem Zeitaufwand der hierfür erforderlichen Maßnahmen entsprechend festzulegenden Zeitpunkt nach Inbetriebnahme der Anlage oder von Teilen der Anlage eingehalten werden müssen, wenn dagegen keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen bestehen.

Gemäß § 81 Abs. 1 GewO 1994 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. 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.

Eingangs ist auszuführen, dass die Erfüllung des Tatbestandes nach § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 das Vorliegen einer rechtswirksam genehmigten Betriebsanlage voraussetzt.
Gegenständlich ist dies der Fall: Mit Bescheid der belangten Behörde vom 3. November 2014, GZ: Ge20-07-45-03-2014, wurde der Selbstbedienungsshop, geteilt in einen Gast- und einen Verkaufsraum, nach Maßgabe der vom Beschwerdeführer vorgelegten Projektunterlagen (insbesondere der Betriebsbeschreibung) betriebsanlagenrechtlich genehmigt. In der im Spruch des

Genehmigungsbescheides enthaltenen Anlagenbeschreibung wird die Betriebszeit - wie vom Beschwerdeführer beantragt - mit „Montag bis Sonntag, täglich von 06:00 Uhr bis 24:00 Uhr angeführt.
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt der einem Genehmigungsbescheid zugrunde liegenden Betriebsbeschreibung die Bedeutung zu, dass auch in der Folge noch überprüft werden kann, in welcher Ausführung und Ausstattung die Anlage genehmigt worden ist; auch bestimmt sie die normative Tragweite des Genehmigungsbescheides. Das bedeutet, dass nur jene Anlagenteile und Betriebsweisen (wovon auch die Betriebszeit umfasst ist), die in der dem Genehmigungsbescheid zugrunde liegenden Betriebsbeschreibung genannt sind, auch vom gewerbebehördlichen Konsens erfasst sind (vgl. VwGH 17.4.2012, 2010/04/0007) und den Konsens soweit bestimmen.
Die Beurteilung, ob nun eine Änderung einer genehmigten Betriebsanlage vorliegt, bemisst sich demnach ausschließlich nach dem die Betriebsanlage genehmigenden Bescheid bzw. nach den die Betriebsanlagenteile genehmigenden Bescheiden (vgl. etwa VwGH 24.5.1994, 93/04/0031).
Unter dem Begriff „Änderung" im Sinne des § 81 GewO 1994 ist sohin jede durch die bereits erteilte Genehmigung nicht gedeckte, bauliche oder sonstige, die Anlage betreffende Maßnahme des Inhabers der Betriebsanlage zu verstehen, durch die sich die in § 74 Abs. 2 Z 1 bis 5 GewO 1994 bezeichneten Gefährdungen, Beeinträchtigungen oder sonstigen Auswirkungen ergeben können. Jeder Betrieb einer Betriebsanlage, der in seiner Gestaltung von dem im Genehmigungsbescheid (Betriebsbeschreibung) umschriebenen Projekt abweicht, bedeutet eine Änderung der genehmigten Betriebsanlage und bedarf unter den Voraussetzungen des § 81 GewO 1994 einer gewerbebehördlichen Genehmigung.

Gegenständlich wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, den genehmigten Automaten-Selbstbedienungsshop zum angeführten Tatzeitpunkt konsenslos durch Ausdehnung der im Spruch des Genehmigungsbescheides festgelegten Betriebszeiten betrieben zu haben.
Zu prüfen ist daher, ob für dieses Betreiben eine Betriebsanlagen(änderungs)-genehmigung erforderlich ist.
Wie oben ausgeführt, besitzt der Beschwerdeführer für den Automatenselbstbedienungsshop einen Betriebsanlagengenehmigungsbescheid. Dieser Bescheid bestimmt nach den obigen Ausführungen den Umfang des Genehmigungskonsenses für den Automatenshop.
Im vorliegend relevanten Betriebsanlagengenehmigungsbescheid vom 3. November 2014, GZ: Ge20-07-45-03-2014, wird in der Anlagenbeschreibung sowohl der Gastraum als auch der Verkaufsraum, in dem die Verkaufsautomaten aufgestellt werden, sowie die Betriebszeit, die vom Konsens umfasst ist, beschrieben. Die genehmigte Betriebszeit bezieht sich nach der Anlagenbeschreibung des gegenständlichen Genehmigungsbescheides sowohl auf den Gastraum als auch auf den Verkaufsraum. Diese Betriebszeit von Montag bis Sonntag, täglich 06:00 Uhr bis 24:00 Uhr, bleibt sohin für den Verkaufsraum

bestehen, auch wenn - wie vom Beschwerdeführer vorgebracht - der Gastraum nicht mehr betrieben wird.
Daran ändert auch die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Anzeige des Ruhens der Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart „Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen, wenn der Ausschank oder der Verkauf durch Automaten erfolgt“ nichts. Zu unterscheiden ist nämlich zwischen der Gewerbeberechtigung, also das persönliche Recht zur Ausübung eines bestimmten Gewerbes, und der Betriebsanlagengenehmigung, die hingegen ein dingliches Recht darstellt. Die Ruhendmeldung betrifft ausschließlich das persönliche Recht zur Ausübung des Gastgewerbes. Das gilt auch für das Vorbringen des Beschwerdeführers zu den §§ 46 (Berechtigung der Ausübung des Gewerbes in einer weiteren Betriebsstätte) und 52 (Berechtigung zur Ausübung gewerblicher Tätigkeiten mittels Automaten) GewO 1994. Diese Bestimmungen regeln die persönliche Ausübung gewerbsmäßiger Tätigkeiten und stehen in keinem Zusammenhang mit den Bestimmungen der §§ 74 ff, die den Betrieb einer gewerblichen Betriebsanlage, worunter eine örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen ist, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit nicht bloß vorübergehend zu dienen bestimmt ist, regeln. Eine gewerbliche Betriebsanlage, die geeignet ist, bestimmte Schutzinteressen zu berühren, bedarf einer vorherigen behördlichen Genehmigung (§ 74 Abs. 2 GewO 1994). Die Frage, wann eine Genehmigungspflicht vorliegt, richtet sich demnach nicht nach der Art der Gewerbeberechtigung, sondern vielmehr danach, ob die Anlage geeignet ist, das Leben oder die Gesundheit von Gewerbetreibenden, Kunden oder Nachbarn zu gefährden oder Nachbarn durch Lärm, Geruch usw. zu belästigen. Demnach kann sowohl eine Betriebsanlage, die der Ausübung des Handelsgewerbes dient als auch eine Betriebsanlage, die der Ausübung des Gastgewerbes dient, einer Betriebsanlagengenehmigung bedürfen. Aus diesem Grund kann vorliegend auch dahingestellt bleiben, ob der Beschwerdeführer das Handelsgewerbe oder das Gastgewerbe durch den Automaten-Selbstbedienungsshop ausübt. Relevant ist vielmehr, ob der Selbstbedienungsshop geeignet ist, die in § 74 Abs. 2 GewO 1994 genannten Schutzinteressen zu berühren und ob es bei einer hierfür bestehenden Genehmigung eine genehmigungspflichtige Änderung nach§ 81 Abs. 1 darstellt, wenn ein Betrieb über die in dieser Genehmigung angeführten Betriebszeit erfolgt.

Im § 81 Abs. 1 GewO 1994 wird hinsichtlich der Genehmigungspflicht auf die Bestimmung des § 74 Abs. 2 leg.cit. verwiesen. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes begründet bereits die grundsätzliche Eignung einer Betriebsanlage, diese im § 74 Abs. 2 GewO 1994 umschriebenen Interessen zu beeinträchtigen, die Genehmigungspflicht. Hingegen ist die Frage, ob von der konkreten (Änderung) der Betriebsanlage solche Gefährdungen, Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im konkreten Einzelfall tatsächlich ausgehen, im Genehmigungsverfahren zu prüfen und je nach dem Ergebnis dieser Prüfung - allenfalls unter Vorschreibung von Auflagen - die

Genehmigung nach § 81 GewO 1994 zu erteilen oder zu versagen (VwGH 8.11.2000, 2000/04/0157). Wie bereits ausgeführt, ist die Genehmigungspflicht immer schon dann gegeben, wenn solche Auswirkungen nicht auszuschließen sind. Um dies zu beurteilen, genügt es in der Regel, auf das allgemeine menschliche Erfahrungsgut zurückzugreifen.
Gegenständlich befindet sich in einer Entfernung von 166 m ein Nachbar und ist es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht auszuschließen, dass es durch den Betrieb eines Selbstbedienungsshops zu Lärmbelästigungen für diesen Nachbar kommt. Dem Beschwerdeführer ist zwar insofern zuzustimmen, als das Geschehen auf der öffentlichen Straße nicht der Betriebsanlage zuzurechnen ist, allerdings ist das Zufahren und Abfahren unmittelbar zur und von der Betriebsanlage und auch das Kundengeschehen unmittelbar vor dem Eingang der Anlage der Betriebsanlage zuzurechnen und ist nicht ausgeschlossen, dass in diesem Zusammenhang Lärmeinwirkungen für den Nachbarn auftreten. Auch ist nicht grundsätzlich auszuschließen, dass aus den Betriebsräumlichkeiten selbst bei Offenstehen der Türe Lärmauswirkungen für den Nachbarn gegeben sind. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass vom Nachbarn bereits in einem Betriebsanlagengenehmigungsverfahren hinsichtlich der Waschanlage Einwendungen wegen befürchteter Lärmbelästigungen vorgebracht wurden.

Soweit der Beschwerdeführer möglicherweise auf die Genehmigungsfreistellungsverordnung verweisen möchte, wonach für Einzelhandelsbetriebe mit einer Betriebsfläche von bis zu 600 m² keine betriebsanlagenrechtliche Genehmigung erforderlich ist, ist darauf zu verweisen, dass dies nur dann gilt, wenn diese in der Zeit von Montag bis Freitag lediglich zwischen 06:00 Uhr und 22:00 Uhr und am Samstag zwischen 06:00 Uhr und 19:00 Uhr betrieben werden. Dies ist gegenständlich nicht der Fall, weshalb die Genehmigungsfreistellungsverordnung nicht zur Anwendung gelangen kann.

Nach dem durchgeführten Beweisverfahren steht fest, dass zu dem im angefochtenen Straferkenntnis angeführten Tatzeitpunkt der Selbstbedienungsshop in Betrieb war, sohin entgegen der gewerbebehördlich genehmigten Betriebszeit und damit eine Änderung des Betriebes vorgenommen wurde. Nach den obigen Ausführungen ist hierfür auch eine Genehmigungspflicht gegeben. Eine Genehmigung für den Betrieb des Automaten-Selbstbedienungsshops nach 24:00 Uhr liegt jedoch nicht vor, weshalb die Behörde sohin zu Recht von einer konsenslosen Änderung der Betriebsanlage ausgegangen ist.

Der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretung des § 366 Abs. 1 Z 3 GewO 1994 ist demnach als gegeben zu erachten.

Die im Erkenntnis vorgenommenen Änderungen des Spruches waren zur Konkretisierung des Tatvorwurfes erforderlich und auch möglich, da noch innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist gelegen.

Hinsichtlich des Verschuldens ist festzuhalten, dass die dem Beschuldigten angelastete Tat ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG darstellt, zu dessen Strafbarkeit, sofern die Verwaltungsvorschrift nicht anderes bestimmt, Fahrlässigkeit ausreicht. Fahrlässigkeit ist nach der zitierten Gesetzesstelle bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft machen kann, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Eine solche Glaubhaftmachung ist dem Beschwerdeführer nicht gelungen. Der Beschwerdeführer hat dafür zu sorgen, dass die Betriebszeiten eingehalten werden und ist er entgegen seinem Vorbringen auch dafür verantwortlich, wenn Kunden die Türen aufspreizen und damit den Shop offenhalten, auch außerhalb der Betriebszeiten. Der Beschwerdeführer muss solche Maßnahmen treffen, die ein solches Offenhalten der Türen nicht möglich machen. Dies hat er durch ein geeignetes Kontrollsystem sicherzustellen. Die Behörde ist im Recht, wenn sie darlegt, dass es an dem Beschwerdeführer gelegen ist, diesbezüglich eine geeignete Möglichkeit zu finden.
Die Tat ist sohin dem Beschwerdeführer auch in subjektiver Hinsicht vorzuwerfen.

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

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

Von der belangten Behörde wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von 150 Euro bei einem Strafrahmen bis zu 3.600 Euro verhängt. Strafmildernde oder -erschwerende Umstände wurden nicht angenommen.

Hinsichtlich der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Beschwerdeführers ging die Behörde von einem monatlichen Nettoeinkommen in der Höhe von 3.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Dieser Schätzung ist der Beschwerdeführer nicht entgegengetreten und konnte sohin der Bemessung zugrunde gelegt werden. Die verhängte Geldstrafe erscheint unter Bedachtnahme auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, nämlich Nachbarn vor unzumutbarem Lärm zu schützen, und auch unter Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers angemessen, zumal sie im unteren Bereich des Strafrahmens liegt. Die verhängte Geldstrafe ist auch aus spezial- und generalpräventiver Sicht geboten. Hinsichtlich der Strafbemessung war kein Ermessensmangel feststellbar.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung und Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.
Das Verschulden ist geringfügig, wenn - unabhängig von der Schuldform - das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. etwa VwGH 12.9.2001, 2001/03/0175). Die Anwendung dieser Bestimmung bzw. die Erteilung einer Ermahnung kommt im gegenständlichen Fall schon bereits deshalb nicht in Betracht, da dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut keinesfalls geringfügige Bedeutung zukommt.

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung ist dieser Betrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro, zu bemessen.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist

die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß