

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

14.11.1989

Geschäftszahl

88/04/0243

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher und Dr. Gruber als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Füzsl, über die Beschwerde der MT in R, vertreten durch Dr. Anton Waltl, Rechtsanwalt in Zell am See, Sebastian-Hörl-Straße 7, gegen die Bescheide des Landeshauptmannes von Tirol vom 29. September 1988, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 10.710,-- binnen zwei Wochen zu ersetzen.

Begründung

I.

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 20. Juli 1988 wurde ausgesprochen, daß die Beschwerdeführerin die ihr mit Bescheid vom 7. Oktober 1986 vorgeschriebenen Betriebszeiten, die mit 16.00 Uhr bis 2.00 Uhr festgesetzt worden seien, nicht eingehalten habe. Diese Betriebszeit sei 1. am 4. Dezember 1987, bis 3.00 Uhr, 2. am 5. Dezember 1987, bis

2.30 Uhr, 3. am 8. Dezember 1987, bis 4.00 Uhr, 4. am 10. Dezember 1987, bis 3.00 Uhr, 5. am 6. Dezember 1987, bis

3.40 Uhr, und 6. am 8. Dezember 1987, bis 3.50 Uhr, überschritten worden sei. Die Beschwerdeführerin habe dadurch eine Übertretung nach § 368 Z. 17 GewO 1973 in Verbindung mit dem zitierten Bescheid begangen. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über die Beschwerdeführerin gemäß § 368 Z. 17 GewO 1973 folgende Geldstrafen verhängt: 1. S 1.500,-- (Ersatzarreststrafe 15 Stunden), 2. S 1.500,-- (Ersatzarreststrafe 15 Stunden),

3. S 2.000,-- (Ersatzarreststrafe 20 Stunden), 4. S 1.500,-- (Ersatzarreststrafe 15 Stunden), 5. S 2.500,-- (Ersatzarreststrafe 25 Stunden) und 6. S 2.500,-- (Ersatzarreststrafe 25 Stunden).

Der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 29. September 1988, Zl. IIa-20.453/2, keine Folge gegeben und der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, daß die Beschwerdeführerin Übertretungen nach § 367 Z. 26 in Verbindung mit dem nach § 77 GewO 1973 erlassenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 7. Oktober 1986 begangen habe. Die Verhängung der Strafe erfolge nach § 367 Einleitungssatz GewO 1973. Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 7. Oktober 1986 sei der Beschwerdeführerin gemäß § 74 Abs. 2 und § 77 Abs. 1 GewO 1973 die gewerbepolizeiliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb eines Gastgewerbes in der Betriebsart Bar im Standort R im

Z Nr. 21 unter Einhaltung mehrerer Auflagen erteilt worden. Punkt

1) der Auflagen lautet: "Die tägliche Betriebszeit wird für 16.00 Uhr bis 2.00 Uhr festgesetzt. Eine Verlängerung dieser Betriebszeit aus welchen Gründen auch immer darf nicht erfolgen."

Mit dem erstinstanzlichen Straferkenntnis sei der Beschwerdeführerin vorgeworfen worden, daß sie nicht für die Einhaltung dieser Betriebszeit Sorge getragen habe, und daß diese Betriebszeit überschritten worden sei. Die "Betriebszeit" sei jene Zeit, in der eine Betriebsanlage, in welchem Ausmaß auch immer, in Betrieb sei. Unter Betriebsanlage sei jede Einrichtung zu verstehen, die der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit diene. Die

Anlage werde betrieben, wenn der jeweiligen Gewerbeausübung zuzuordnende Tätigkeiten darin vorgenommen würden. Der Ausübung des Gastgewerbes seien daher nicht nur die Verabreichung von Speisen und Getränken, sondern auch sämtliche Vorbereitungs- und Aufräumarbeiten zuzurechnen. Im Unterschied zu dieser "Betriebszeit" sei vom Gesetzgeber auch der Begriff "Sperrzeit" für die Ausübung eines Gastgewerbes eingeführt worden. Diese Sperrzeit regle nur die Zeit, in der sich Gäste im Lokal aufhalten dürften. Da die oben angeführte Auflage ausdrücklich die Betriebszeit und nicht die Sperrzeit regle, gehe das gesamte Berufungsvorbringen ins Leere. Zur Feststellung des Tatbestandsmerkmals "Überschreiten der Betriebszeit" genügen die Wahrnehmungen der Erhebungsbeamten durch Blicke durch die Fenster und Horchen an der Lokaltür. Eine weitere Erhebung durch Zeugeneinvernahme sei nicht mehr notwendig. Da die Erstbehörde den Schuldvorwurf richtig formuliert habe und die Übertretung lediglich einer falschen Strafbestimmung zugeordnet habe, habe der Spruch berichtigt werden müssen.

II.

Die Bezirkshauptmannschaft Schwaz sprach mit Straferkenntnis vom 17. August 1988 aus, daß die Beschwerdeführerin die ihr mit Bescheid vom 7. Oktober 1986 vorgeschriebenen Betriebszeiten, die mit 16.00 Uhr bis 2.00 Uhr festgesetzt worden seien, nicht eingehalten habe. Diese Betriebszeit sei 1. am 17. Jänner 1988, bis 3.00 Uhr, 2. am 31. Jänner 1983, bis 2.30 Uhr, 3. am 21. Februar 1988, bis 3.00 Uhr, und 4. am 26. Februar 1988, bis 3.05 Uhr, überschritten worden sei. Die Beschwerdeführerin habe dadurch eine Übertretung nach § 368 Z. 17 GewO 1973 in Verbindung mit dem zitierten Bescheid begangen. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über die Beschwerdeführerin gemäß § 368 Z. 17 GewO 1973 folgende Geldstrafen verhängt: 1. S 2.000,-- (Ersatzarreststrafe 20 Stunden), 2. S 2.000,-- (Ersatzarreststrafe 20 Stunden), 3. S 2.000,-- (Ersatzarreststrafe 20 Stunden), und 4. S 2.500,-- (Ersatzarreststrafe 25 Stunden).

Der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung gab der Landeshauptmann von Tirol mit Bescheid vom 29. September 1988, Zl. IIa-20.507/1, keine Folge und bestätigte das erstinstanzliche Straferkenntnis mit der Maßgabe, daß die Beschwerdeführerin Übertretungen nach § 367 Z. 26 in Verbindung mit dem nach § 77 GewO 1973 erlassenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 7. Oktober 1986 begangen habe. Die Verhängung der Strafe erfolge nach § 367 Einleitungssatz GewO 1973. Die Begründung deckt sich im wesentlichen mit jener des Bescheides des Landeshauptmannes von Tirol vom gleichen Tag, Zl. IIa-20.453/2 (siehe oben I).

Gegen diese Bescheide richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten der Verwaltungsverfahren vor und verzichtete auf die Erstattung einer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch die angefochtenen Bescheide in dem Recht verletzt, nicht wegen Übertretung der Gewerbeordnung bestraft zu werden. Die Beschwerdeführerin bringt in Ausführung des so bezeichneten Beschwerdepunktes unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes der angefochtenen Bescheide sowie deren Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften im wesentlichen vor, im Bescheid Zl. IIa-20.453/2 sei die Beschwerdeführerin zu 3. und

6. für Handlungen bestraft worden, die jeweils am 8. Dezember 1987 begangen worden seien. Damit habe aber die belangte Behörde für dieselbe Tathandlung die Beschwerdeführerin zweimal bestraft. Dies sei unzulässig. Die Festsetzung der Strafe in der Höhe sei nicht nachvollziehbar. Für die Überschreitung bis 4.00 Uhr seien

S 2.000,-- verhängt worden, für die Überschreitung bis 3.50 Uhr, sohin für ein geringeres Vergehen S 2.500,--. Die Bestrafung der Beschwerdeführerin für einen Vorfall am 6. Dezember 1987 sei rechtswidrig erfolgt. Der Vorfall sei nicht am 6., sondern am 7. Dezember 1987 erfolgt, wie sich aus der Gendarmerieanzeige leicht ersehen lasse. In allen anderen Anzeigen hätten die Gendarmeriebeamten den Zeitraum deutlich bezeichnet, indem sie jeweils ausführten, "in der Nacht von X zum X". In der Gendarmerieanzeige zum Vorfall "6.12.1987" hätten sie diese Verdeutlichung nicht gemacht, weshalb offenkundig versehentlich von der belangten Behörde der 6. Dezember 1987 als Tatzeitpunkt angenommen worden sei, während es sich um die Nacht vom 6. auf den 7. Dezember 1987 gehandelt habe. Die belangte Behörde habe die Tathandlung unter eine andere gesetzliche Bestimmung subsumiert. Damit habe aber die belangte Behörde gegen das Verschlimmerungsverbot verstoßen. § 368 GewO 1973 sehe Geldstrafen bis zu S 10.000,-- vor, § 367 GewO 1973 hingegen Geldstrafen bis zu S 20.000,--. Im gegenständlichen Fall sei zwar die Strafe von der Berufungsbehörde nicht erhöht worden, im Fall einer künftigen Verurteilung wären aber zweifellos die gegenständlichen Vorstrafen bei einer künftigen Strafbemessung gewichtiger. Dies habe auch Bedeutung für die Beurteilung des Verhaltens der Beschwerdeführerin in einem bereits anhängigen Gewerbeentziehungsverfahren. Die Abänderungen des Spruches des Straferkenntnisses erster Instanz durch die belangte Behörde stehe auch sonst mit dem Gesetz nicht im Einklang. Die Strafbehörde erster Instanz habe die Übertretung der Bestimmung des § 368 Z. 17 GewO 1973 unterstellt, somit richtigerweise eine Übertretung des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides angenommen. Tatsächlich handle es sich auch nicht um eine Übertretung einer in einem Bescheid vorgeschriebenen Auflage im Sinne des § 367 Z. 26 GewO 1973, sondern um ein Zuwiderhandeln gegen den Bescheid an sich, der eben eine

beschränkte Betriebszeit festsetze. Dabei handle es sich um keine Auflage. Zur Strafbemessung sei noch auszuführen, daß die verhängten Strafen nicht schuldangemessen seien, da die belangte Behörde im Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses in Kenntnis des Umstandes gewesen sei, daß die Beschwerdeführerin die gegenständliche Betriebsanlage gar nicht mehr führe. In der Berufung habe die Beschwerdeführerin beantragt, die Meldungsleger als Zeugen zu befragen. Die Tatsache, daß die Meldungsleger Gendarmeriebeamte seien, ändere nichts daran, daß sie ihre Wahrnehmungen als Zeugen im Falle der Bestreitung ihrer Wahrnehmungen zu bestätigen oder entsprechend zu modifizieren oder abzuändern hätten. Gerade im Hinblick darauf, daß auch zeitliche Divergenzen aufgetreten seien, hätte die Einvernahme der Meldungsleger als Zeugen unbedingt vorgenommen werden müssen. Diese Einvernahme wäre umso mehr geboten gewesen, als die Beschwerdeführerin bestritten habe, daß die von den Beamten erwähnten Personen, die das Haus durch den Seiteneingang betreten und verlassen hätten, Gäste des Lokals gewesen seien.

§ 367 Z. 26 GewO 1973 in seiner im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1988 lautet wie folgt: Eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu S 20.000,-- oder mit einer Arreststrafe bis zu vier Wochen zu ahnden ist, begeht, wer Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs. 1 und 2 erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen und Aufträge nicht einhält.

Zunächst ist zu bemerken, daß die Berufungsbehörde nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist, den Bescheidspruch erster Instanz, insoweit dieser fehlerhaft ist, weil z. B. die angewendeten Gesetzesstellen unrichtig zitiert worden sind, in ihrem Abspruch richtigzustellen, da sie sonst ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet (vgl. etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 9. April 1984, Zl. 84/12/0022, und vom 18. März 1987, Zl. 86/03/0190). Die Richtigstellung der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschrift und der angewendeten Strafnorm durch die Berufungsbehörde verstößt auch dann nicht gegen das Verbot der reformatio in peius, wenn die von der Berufungsbehörde angewendete Strafnorm eine höhere Strafdrohung enthält als die von der Behörde erster Instanz angeführte Bestimmung, nach der die Strafe verhängt worden ist. Selbst wenn die Richtigstellung der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschrift und der angewendeten Strafnorm durch die Berufungsbehörde im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeführerin in anderen Straf- und Administrativverfahren Auswirkungen haben könnte, so liegt dennoch kein Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius vor, da die im gegenständlichen Strafverfahren durch die Berufungsbehörde ausgesprochene Strafe nicht höher als die von der Behörde erster Instanz verhängte Strafe ist.

Zur Frage, welche Verwaltungsvorschrift durch die Tat der Beschwerdeführerin verletzt wurde, ist folgendes auszuführen: Nach § 367 Z. 26 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen und Aufträge nicht einhält. Der Beschwerdeführerin wurde vorgeworfen, die unter Punkt 1, Bescheidspruch I, des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 7. Oktober 1986, mit dem gemäß § 74 Abs. 2 und § 77 Abs. 1 GewO 1973 die gewerbebehördliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Gastgewerbebetriebes der Beschwerdeführerin erteilt wurde, vorgeschriebene Auflage, mit der die tägliche Betriebszeit von 16 Uhr bis 2 Uhr festgesetzt worden ist, nicht eingehalten zu haben. Es kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie die als erwiesen angenommene Tat dem Straftatbestand des § 367 Z. 26 GewO 1973 unterstellte. Entgegen der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin ist die in Rede stehende Verschreibung als Auflage im Sinne des § 367 Z. 26 in Verbindung mit § 77 Abs. 1 GewO 1973 anzusehen. Als Auflage ist nämlich jede Verschreibung zu verstehen, durch die Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 1 GewO 1973 ausgeschlossen und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z. 2 bis 5 dieses Gesetzes auf ein zumutbares Maß beschränkt werden. Auch eine zeitliche Beschränkung des Betriebes der Anlage kommt als Auflage in Betracht (vgl. etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. November 1983, Zl. 83/04/0107). Im übrigen wäre die Frage der Rechtmäßigkeit der in einem Betriebsanlagengenehmigungsbescheid enthaltenen Auflagen in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, das der Nachprüfung von in einem Verwaltungsstrafverfahren ergangenen Bescheiden gewidmet ist, nicht mehr zu überprüfen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Juni 1961, Zlen. 1855, 1856/59).

§ 368 Z. 17 GewO 1973 ist u. a. bei der Übertretung von Geboten oder Verboten von Bescheiden, die auf Grund der Bestimmungen der GewO 1973 ergangen sind, nur dann anzuwenden, wenn nicht im § 366,

§ 367 und in Z. 1 bis 16 des § 368 GewO 1973 ein Straftatbestand - wie etwa für die Nichteinhaltung von Auflagen in § 367 Z. 26 leg. cit. - vorgesehen ist.

Daraus folgt, daß die belangte Behörde nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet war, den Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses dahingehend richtig zu stellen, daß die durch die Tat verletzte Verwaltungsvorschrift nicht § 368 Z. 17, sondern § 367 Z. 26 GewO 1973 zu lauten hat.

Die Beschwerde erweist sich jedoch aus folgenden Gründen als berechtigt:

Gemäß § 22 Abs. 1 VStG 1950 sind, wenn jemand durch verschiedene selbständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen hat oder eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen fällt, die Strafen nebeneinander zu verhängen.

Eine Ausnahme von dem im Verwaltungsstrafverfahren geltenden Kumulationsprinzip besteht bei einem fortgesetzten Delikt. Die Nichteinhaltung einer in einem Betriebsanlagengenehmigungsbescheid

vorgeschriebenen Auflage im Sinne des § 367 Z. 26 GewO 1973 ist, sofern mehrere gesetzwidrige Einzelhandlungen vorliegen, die vermöge der Gleichartigkeit der Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines (noch erkennbaren) zeitlichen Zusammenhanges sowie des diesbezüglichen Gesamtkonzeptes des Täters stehen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Mai 1980, Slg. N.F. Nr. 10.138/A), als fortgesetztes Delikt zu werten. Bei Vorliegen eines fortgesetzten Deliktes darf der Täter nur wegen der Begehung einer Verwaltungsübertretung für schuldig erkannt werden und es darf auch nur eine Strafe verhängt werden (vgl. etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. Juli 1982, Zl. 3593/80). Da die belangte Behörde in Verkennung der Rechtslage sich mit der Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für die Annahme eines fortgesetzten Deliktes nicht auseinandersetzte, belastete sie die angefochtenen Bescheide mit Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes. Diese waren daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

Wien, am 14. November 1989

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:1989:1988040243.X00