

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

10.09.1991

Geschäftszahl

88/04/0311

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Griesmacher und Dr. Gruber als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde der Martina T in R, vertreten durch Dr. A, Rechtsanwalt in Z, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 29. September 1988, Zl. IIa-20.506/1, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

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

Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 16. August 1988 wurde die Beschwerdeführerin wie folgt schuldig erkannt:

"Die Bezirkshauptmannschaft Schwaz hat der Beschuldigten mit Bescheid vom 7.10.1986, Zahl: 5563/2a-1986 (wohl richtig: 5563/2h-1986), die gewerbepolizeiliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb eines Gastgewerbes in der Betriebsart Bar im Standort R erteilt und unter Bescheidspruch I. - Punkt 1 - die Betriebszeit mit 16.00 Uhr bis 02.00 Uhr festgesetzt. Dieser Bescheid ist am 3.12.1987 (Zurückziehung der Berufung) in Rechtskraft erwachsen. Die Beschuldigte hat nicht dafür Sorge getragen, daß diese Betriebszeit eingehalten wird, weshalb diese Betriebszeit

- 1) am 09.3.1988 bis 04.15 Uhr
 - 2) am 20.3.1988 bis 02.30 Uhr
 - 3) am 27.3.1988 bis mindestens 02.30 Uhr
 - 4) am 13.4.1988 bis mindestens 02.30 Uhr
 - 5) am 23.4.1988 bis mindestens 02.30 Uhr und
 - 6) am 21.5.1988 bis 03.00 Uhr
- überschritten wurde.

Die Beschuldigte hat dadurch Übertretungen nach § 368 Ziff. 17 Gewerbeordnung 1973 i.V.m. dem zitierten Bescheid begangen.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über die Beschuldigte gemäß § 368 Ziff. 17 Gewerbeordnung 1973 folgende Geldstrafen verhängt.

- 1) S 3.500,-- - Ersatzarrest-Strafe 35 Stunden
- 2) S 1.500,-- - Ersatzarrest-Strafe 15 Stunden
- 3) S 2.000,-- - Ersatzarrest-Strafe 20 Stunden
- 4) S 2.000,-- - Ersatzarrest-Strafe 20 Stunden
- 5) S 2.000,-- - Ersatzarrest-Strafe 20 Stunden und
- 6) S 2.000,-- - Ersatzarrest-Strafe 20 Stunden.

Ferner hat die Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) folgende Kosten als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10 Prozent der Strafe zu bezahlen:

- 1) S 350,--
- 2) S 150,--
- 3) S 200,--

- 4) S 200,--
- 5) S 200,--
- 6) S 200,--.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe und Verfahrenskosten beträgt daher

S 14.300,--."

Der gegen dieses Straferkenntnis erhobenen Berufung der Beschwerdeführerin gab der Landeshauptmann von Tirol mit Bescheid vom 29. September 1988 keine Folge, wobei der Bescheid der Behörde erster Instanz mit der Maßgabe bestätigt wurde, daß die Beschwerdeführerin Übertretungen nach § 367 Z. 26 GewO 1973 in Verbindung mit dem nach § 77 GewO 1973 erlassenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 7. Oktober 1986 begangen habe und die Verhängung der Strafe nach § 367 (Einleitungssatz) GewO 1973 zu erfolgen habe.

Zur Begründung führte der Landeshauptmann im wesentlichen aus, 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 eines Gastgewerbes seien daher nicht nur die Verabreichung von Speisen und Getränken, sondern auch sämtliche Vorbereitungs- und Aufräumungsarbeiten 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 Auflage 1. des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 7. Oktober 1986 ausdrücklich die Betriebszeit und nicht die Sperrzeit regle, genüge zur Feststellung des Tatbestandsmerkmals "Überschreiten der Betriebszeit" die Wahrnehmung der Erhebungsbeamten "durch Blicke durch die Fenster und Horchen an der Lokaltür". Eine weitere Erhebung sei nicht mehr notwendig. Da die Erstbehörde den Schuldvorwurf richtig formuliert und die Übertretung lediglich einer falschen Strafbestimmung zugeordnet habe, habe der Spruch berichtigt werden müssen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin 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 des angefochtenen Bescheides sowie dessen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften im wesentlichen vor, die belangte Behörde habe die Tathandlungen im Unterschied zur Strafbehörde erster Instanz "unter ein anderes Strafgesetz" subsumiert. Dies begründe die belangte Behörde damit, die Erstbehörde habe den Schuldvorwurf zwar richtig formuliert. Sie habe aber die Übertretung einer falschen Strafbestimmung zugeordnet, weshalb der Spruch habe berichtigt werden können. 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 Falle 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 Abänderung des Spruches des Straferkenntnisses erster Instanz durch die belangte Behörde stehe auch sonst mit dem Gesetz nicht in 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 festsetzt. Dabei handle es sich um keine Auflage.

Die Beschwerde enthält weiters noch Ausführungen zu dem auf den 9. März 1988 bezogenen Tatvorwurf sowie zur Strafbemessung.

Gemäß § 367 Z. 26 GewO 1973 in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1988 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu S 20.000,-- oder mit einer Arreststrafe bis zu 4 Wochen zu ahnden ist, 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 oder 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 etwa die angewendeten Gesetzesstellen unrichtig zitiert worden sind, in ihrem Abspruch richtig zu stellen, da sie sonst ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. November 1989, Zlen. 88/04/0243, 0244, und die dort zitierte Rechtsprechung). 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, weil die IM GEGENSTÄNDLICHEN Strafverfahren durch die Berufungsbehörde ausgesprochene Strafe nicht höher ist als die von der Behörde erster Instanz verhängte Strafe (vgl. nochmals das vorzitierte hg. Erkenntnis vom 14. November 1989).

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 leg. cit. in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen und Aufträge nicht einhält. Der Beschwerdeführerin wurde zur Last gelegt, 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 wurde, nicht eingehalten zu haben.

Es kann nicht als rechtswidrig erkannt werden, wenn die belangte Behörde die als erwiesen angenommene Tat dem Strafbestand des § 367 Z. 26 GewO 1973 unterstellte. Entgegen der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin ist die in Rede stehende Vorschreibung als Auflage im Sinne des § 367 Z. 26 in Verbindung mit § 77 Abs. 1 GewO 1973 anzusehen. Als Auflage ist nämlich jede Vorschreibung 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 Rechtswidrigkeit 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 § 368 Z. 1 bis 16 GewO 1973 ein Straftatbestand - wie etwa für die Nichteinhaltung von Auflagen in § 367 Z. 26 leg. cit. - normiert 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 Verkenntung der Rechtslage sich mit der Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für die Annahme eines fortgesetzten Deliktes nicht auseinandersetzte, belastete sie den angefochtenen Bescheid schon deshalb mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes. Dieser war 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. 104/1991, insbesondere auch deren Art. III Abs. 2.