



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38670
Telefax: (+43 1) 4000 99 38670
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-021/060/15469/2019-9
A. B.

Wien, 15.2.2021

Geschäftsabteilung: VGW-I

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Dr. Neumann über die Beschwerde des Herrn A. B. gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 29.10.2019, Zl. ..., betreffend Übertretung der Gewerbeordnung (GewO) nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung

zu Recht:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von EUR 380,00 auf EUR 100,00 und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von acht Stunden auf drei Stunden herabgesetzt wird. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch zu lauten hat:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs.1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008, zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-Straße, zu verantworten, dass diese die Schallpegelwerte der mit rechtskräftigen Bescheiden, (erstmalig) vom 3.5.1989, MBA 1/89 und Folgebescheiden, (zuletzt) vom 22.8.2016, MBA 2-2016, genehmigten Betriebsanlage in Wien, D.-Straße (Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants), jedenfalls am 13.5.2019 und am 18.6.2019 nicht eingehalten hat wie sie im Plan des Bescheides vom 22.8.2016, MBA 2/2016 vorgeschrieben

wurden, da am 13.5.2019 bei der Abluft im vorderen Imbiss (straßenseitig links) Schallpegelwerte von 50,5 dB (A) gemessen wurden, jedoch nur 39 dB (A) genehmigt sind, bei der Abluft im Gastraum (straßenseitig, rechts) Schallpegelwerte von 65,0 dB (A) gemessen wurden, jedoch nur 39 dB (A) genehmigt, bei der Küchenzuluft-Ansaugung (Innenhof) 48,5 dB (A) gemessen wurden, jedoch nur 38 dB (A) genehmigt sind und bei der Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) 58 dB (A) gemessen wurden, jedoch nur 36 dB (A) genehmigt sind und am 18.6.2019 bei der Küchenzuluft-Ansaugung (Innenhof) 47,2 dB (A) gemessen wurden, jedoch nur 38 dB (A) genehmigt sind und bei der Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) 54,5 dB (A) gemessen wurden, jedoch nur 36 dB (A) genehmigt sind.“

Nach der Zeile im Spruch „Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt“ ist als Rechtsvorschrift § 367 Abs. 1 Z 25 GewO, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018, anzuführen und an Stelle der weiteren im Spruch angeführten Rechtsvorschrift „§ 367 Einleitungssatz GewO, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018“ zu zitieren.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit EUR 10,00 festgesetzt, das sind 10% der verhängten Geldstrafe.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Verfahrensgang

1.1. Das in Beschwerde gezogene Straferkenntnis enthält folgenden Spruch:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, in der geltenden Fassung, zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. GmbH mit Sitz in Wien, D.-Straße, zu verantworten, dass diese die mit rechtskräftigen Bescheiden, (erstmals) vom 03.05.1989, MBA 1/89 und Folgebescheiden, (zuletzt) vom 22.08.2016, MBA 2-2016, genehmigte Betriebsanlage in Wien, D.-Straße (Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants), nach Änderung durch Nichteinhaltung der Schallpegelwerte wie sie im Plan des Bescheides vom 22.08.2016, MBA 2/2016 vorgeschrieben wurden, da bei der Abluft im vorderen Imbiss (straßenseitig links) Schallpegelwerte von 50,5 dB (A) gemessen wurden, jedoch nur 39 dB (A) genehmigt sind, bei der Abluft im Gastraum

(straßenseitig, rechts) wurden Schallpegelwerte von 65,0 dB (A) gemessen, jedoch nur 39 dB (A) genehmigt, bei der Küchenzuluft-Ansaugung (Innenhof) wurden 48,5 dB (A) gemessen, jedoch nur 38 dB (A) genehmigt und bei der Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) wurden 58 dB (A) gemessen jedoch nur 36 dB (A) genehmigt, ohne erforderliche rechtskräftige Genehmigung dieser Änderungen gemäß § 81 GewO 1994 von 13.05.2019-22.08.2019 betrieben hat, obwohl diese Änderung geeignet ist, die Nachbarn durch Lärm zu belästigen (§ 74 Abs.2 Z.2 GewO 1994).

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 366 Abs. 1 Zif. 3 GewO 1994

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist,	Gemäß
	Ersatzfreiheitsstrafe von	
€ 380,00	8 Stunden	§ 366 Abs. 1 GewO 1994

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:

€ 38,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10 für jedes Delikt.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher
€ 418,00

Die C. GmbH. haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herr A. B. verhängte Geldstrafe von € 380,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 38,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zu ungeteilten Hand.“

1.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer über seinen Rechtsvertreter binnen offener Frist Beschwerde und brachte darin im Wesentlichen vor:

Die Stellung als handelsrechtlicher Geschäftsführer habe er erst nach der Erlassung des letzten Bescheides vom 22.8.2016, MBA 2/2016, erlangt.

Änderungen der bestehenden Anlage gemäß § 81 GewO seien während der Zeit seiner Geschäftsführertätigkeit nicht durchgeführt worden. Änderungen der Schallpegelwerte wie sie im Plan des Bescheides 22.8.2016, MBA 2/2016, vorgesehen seien, seien nie erfolgt.

Die am 13.5.2019 erfolgte Lärmmessung, die ergeben habe, dass bei der Abluft im vorderen Imbiss (straßenseitig links) Schallpegelwerte von 50,5 dB (A) gemessen worden sein, jedoch nur 39 dB (A) genehmigt sein, bei der Abluft im Gastraum (straßenseitig rechts) Schallpegelwerte von 65,0 dB (A) gemessen worden sein, jedoch nur 36 dB (A) genehmigt sein, bei der Küchenzuluft-Ansaugung (Innenhof) 48,5 dB (A) gemessen worden sein, jedoch nur 38 dB (A) genehmigt sein und bei der Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) 58 dB (A) gemessen worden sein,

jedoch nur 36 dB (A) genehmigt sein, seien nicht lege artis vorgenommen worden. Diese Messergebnisse seien daher falsch. Bei den Messungen sei der gebotene Abstand von 1 m zur jeweiligen Abluftanlage nicht eingehalten worden. Dies sei jedoch Voraussetzung für ein richtiges Messergebnis.

Es stelle einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, dass dem Beweisantrag auf Durchführung der Lärmmessung unter Beiziehung eines qualifizierten Sachverständigen zum Beweis dafür, dass die vorgeschriebenen Schallpegelwerte nicht überschritten worden seien, nicht nachgekommen worden sei.

- 1.3. Am 15.1.2021 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der der Beschwerdeführer, die sachverständige Zeugin E. F., BA, sowie die vom Beschwerdeführer beantragten Zeugen G. H., J. K. und L. M. als Auskunftspersonen befragt wurden.

Der Vertreter des Beschwerdeführers brachte zunächst vor, dass er sicherheitshalber noch einmal darauf hinweisen möchte, dass im Straferkenntnis in der Begründung keine Ausführungen darüber vorliegen würden, weswegen die Beanstandungen Lärm in einem Ausmaß erzeugen würde, der im Sinne von § 74 Abs. 2 Z 1 GewO geeignet sei, die Nachbarn zu belästigen. Es habe bislang immer nur einen Nachbarn gegeben, der Anzeige erstattet hätte. Die angesprochene Rechtsvorschrift sei aber objektiv zu verstehen, d.h. das hypersensible Menschen nicht vom Schutz dieser Norm erfasst seien. Zudem brachte der Vertreter des Beschwerdeführers vor, dass die Lüftung relativ neuwertig gewesen sei. Aus diesem Grund habe es für den Beschwerdeführer keinen Anlass zu Zweifeln gegeben, dass der konsensmäßige Zustand da gewesen sei. Es habe im Jahr 2016 Prüfungen und diesbezüglich auch Protokolle gegeben, aus denen hervorgehe, dass der Schallpegel bei den Lüftungsanlagen in Ordnung gewesen sei. Schließlich legte der Vertreter des Beschwerdeführers eine Beschwerde vor, die sich auf die gegenständlichen Messungen beziehen würde, allerdings es dabei um einstweilige Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen nach § 360 GewO gegangen sei. Die Beschwerde sei wegen der Insolvenz der „C.“ zurückgezogen worden. Man würde bei der Auflistung der Messungen sehen, dass es Abweichungen bei der Dezibelzahl gebe. Dies, obwohl die Anlage immer gleich betrieben worden sei. In den Schlussausführungen hielt der Beschwerdeführer fest, dass es sich bei dem Beschwerdeführer es sich um einen sorgfältigen Geschäftsführer gehandelt habe. Er hätte keinerlei Grund dafür gehabt anzunehmen, dass die Lüftungsanlage nicht ordnungsgemäß funktioniere. Es habe keine Geräusche, kein Reixeln oder sonst was gegeben, wonach eine Überprüfung gesondert durchgeführt werden

hätte müssen. Die Anlage sei vorschriftsgemäß gewartet worden und es seien keine bautechnischen Veränderungen durchgeführt worden. Die Anlage sei in dem Zustand geführt worden, wie sie übernommen worden sei.

Der Beschwerdeführer gab in der Verhandlung zu Protokoll:

„Ich bin im Jahr 2017 GF der C. GmbH geworden. Die Firma, d.h. die C. GmbH, habe ich mit meinem Partner übernommen. D.h. mein Partner und ich wir waren beide Gesellschafter dieser Gesellschaft. In Bezug auf die Entlüftungs-/Belüftungsanlagen wurde der Filter gereinigt, das was eben alle sechs Monate gemacht werden muss. Darüber hinaus haben wir nichts unternommen, weil wir alle Genehmigungen hatten. Wir haben nichts an der Lüftungsanlage geändert. Die normale Überprüfung haben wir aber schon mit einem Lüftungstechniker durchgeführt. Überprüfungen wurden im Einjahres- bzw. Zweijahresabstand, je nach Erfordernis, durchgeführt. Eine Überprüfung der Lautstärke wurde nicht vorgenommen. Eine Lautstärkenmessung habe ich nicht vorgenommen. Ich möchte darauf hinweisen, dass die Lokalität schon viele Jahre bestanden hat und unterschiedliche Arten von Gastronomiebetrieben darin stattgefunden haben. Ich hätte mir nicht gedacht, dass es da mit dem Schallpegel Probleme geben würde. Mir ist auch die Lüftungsanlage nicht laut vorgekommen.

Hr. M. war mein Partner bei der C. GmbH. Hr. K. war vor meiner Zeit in der C. GmbH gewerberechtl. GF und auch kurze Zeit bei mir. Hr. H. ist der Vorgänger und war der Vereinsobmann. Das Lokal wurde von einem Verein betrieben. Hr. M. kann bestätigen, dass wir bei der Lüftungsanlage nichts geändert haben. Er kann auch bestätigen, dass wir Filterwechsel vorgenommen haben und auch die Reinigung der Geräte durchgeführt haben. Hr. M. kann bestätigen, dass wir mit dem Gerät, d.h. die Lüftungsanlage, an dieser nichts vorgenommen haben. Hr. K. kann bestätigen, dass wir die Lüftungsanlage mit sämtlichen Genehmigungen übernommen haben.

Hr. H. als Vorgänger müsste sich besser mit der gesamten Anlage auskennen. Wir haben sie ja nur übernommen und in einem bestimmten Zustand vorgefunden. Ich kann mir nicht vorstellen, dass man damals schon die Lautstärke gemessen hat.

Ich war bei der Messung durch die Behörde dabei. Ich möchte anmerken, dass nicht richtig gemessen wurde.“

Der Beschwerdeführer zeigte auf seinem Handy eine Fotografie, bei der man sah, wie eine Dame ein elektronisches Gerät hielt. Daneben ist ein Rohr. Der Beschwerdeführer führte aus, dass es sich hier um die

Dachterrasse im 1. Stock der Anlage der C. GmbH handelte. *„Ob bei den anderen Messungen Fehler gemacht wurden, das kann ich jetzt nicht sagen. Das Foto stammt vom 18.6.2019.“*

Der Beschwerdeführer weiter:

„Das Foto wurde bei der Abluft gemacht.“

Über Befragen durch den Vertreter des Beschwerdeführers:

„Die Anlage war zirka fünf Jahre alt, was ich weiß. Die Vorgänger wissen das aber sicher besser.“

Vom Vorgänger wurden wir darauf aufmerksam gemacht, dass im ersten Stock ober uns ein „Ex-Jurist“ wohnen würde, der sehr empfindlich sei und bei allem eine Beschwerde mache. Aufgrund unserer Tätigkeit sind wir sogar schon in der Zeitung vorgekommen wegen einer Beschwerde dieses Herrn. Nur von diesem Herrn hat es Beschwerden gegeben. Er hat seine Sichtweise auch aufgeschrieben, fotokopiert und in die Briefkästen der anderen Mitbewohner gegeben. Er hat sonst auch noch andere Eingaben gemacht.

Wir haben trotz längerem Umbaus nichts bei der Lüftungsanlage gemacht. Den Pizzaofen haben wir herausgenommen. Das war aber schon das Einzige.

Mein Kollege, der auch Gesellschafter war, war auch hr. GF. Seit März 2019 war ich dann alleine GF.

Überprüfungen der Lüftungsanlage sind von einem konzessionierten Unternehmen durchgeführt worden und gab es eine offizielle Rechnung. Techniker haben keine Feststellungen gemacht, dass ihnen die Anlage bei der Überprüfung zu laut vorgekommen wäre.“

Der Zeuge L. M. gab in der Verhandlung zu Protokoll:

„Ich war sechs Monate Geschäftsführer der C. GmbH. Meine Tätigkeit endete im März 2019.“

Ich weiß, dass es oberhalb vom Geschäft einen Nachbarn gegeben hat, der sich immer beschwert hat, dass die Lüftung zu laut ist. Außerdem hat er vorgebracht, dass es stinken würde. Ich habe gemeinsam mit Herrn B. alle Filter ausgetauscht. Eine Nachbarin wurde dann gefragt, ob jetzt alles passen würde. Diese Nachbarin hat gesagt, ja, es sei kein Problem. Dass mit der Nachbarin war, bevor ich weggegangen bin. Es wurden die Wartungen der Lüftungsanlagen immer durchgeführt. Die

Bestätigungen über die Wartungen wurden dem Magistrat immer vorgelegt. Nachdem ich dann schon weg war, da habe ich dann ein paar Sachen von Herrn B. gehört. Es ging darum, dass der Magistrat wieder da gewesen sei und die Lautstärken gemessen habe. Es sei laut Magistrat angeblich nicht in Ordnung gewesen. Dabei möchte ich sagen, dass die Lüftungsanlage nie geändert wurde und als Altstandart übernommen wurde. Mehr kann ich zum Thema leider nicht sagen.“

Über Befragen durch den Vertreter des Beschwerdeführers:

„An der Lüftungsanlage haben wir nach Übernahme nichts verändert. Wir haben die Pläne gehabt und auch nicht bemerkt, dass abweichend zu den Plänen Änderungen vorgenommen worden seien. Ich möchte noch auf eine Geschichte hinweisen, wo uns vom Verwaltungsgericht der Pizzaofen genehmigt wurde. Danach ist aber jemand vom Magistrat gekommen und hat uns darauf aufmerksam gemacht, dass dennoch der Pizzaofen wegmüsse. Dieses Anliegen sei von einem Nachbarn bei der Frau Mag. P. beim Magistrat vorgetragen worden. Er habe sich beschwert. Subjektiv habe ich nie den Eindruck gehabt, dass die Lüftungsanlage zu laut sei. Ein Nachbar hat sich beschwert. Er hat auch Unterschriften sammeln wollen bei anderen Nachbarn, da haben aber einige nicht mitgemacht. So zumindest lt. Aussage von den Nachbarn. Der Grund war, soweit ich das wahrnehmen konnte, weil man keinen Grund für Beanstandungen gesehen habe. Auch möchte ich erzählen, dass den Nachbarn die Klimaanlage zu laut war. Da hat die Behörde nachgemessen mit dem Ergebnis, dass alles gepasst hat. Dennoch hat der Nachbar eine Beschwerde gemacht.“

Der Zeuge G. H. gibt zu Protokoll:

„Ich war ebenfalls handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. GmbH. Ich war das bis 2017. Danach hat dann der Hr. B. den Betrieb übernommen.

Es hat im Jahr 2015 oder 2016, so genau weiß ich das nicht mehr, eine Beschwerde gegeben, weil Nachbarn der Meinung gewesen sind, dass die Lüftungsanlage zu laut gewesen sei. Es ist dann eine Kommission vom Magistrat gekommen von verschiedenen Abteilungen. Vor Ort wurde gemessen und danach festgestellt, dass die Lärmbelästigung nicht von der Lüftungsanlage stammen könne. Wir haben zu meiner Zeit als Geschäftsführer alle Auflagen der Behörde erfüllt. Mit diesen erfüllten Auflagen haben wir dann auch den Betrieb weitergegeben. Nach dem Bescheid vom 22.8.2016 hat es keine Änderungen an der Lüftungsanlage gegeben.

Über Befragen durch den Vertreter des Beschwerdeführers:

„Es war nur ein Nachbar, der sich beschwert hat. Die anderen hat er kommandiert. Die Lüftungsanlage haben wir während meiner Zeit neu errichtet. Die Küche war zweigeteilt. Vorderer und hinterer Teil. Der

hintere Teil war genehmigt wegen Altbestand. Der vordere Teil, den haben wir gemacht und von der Behörde dazu die Genehmigung bekommen. Der hintere Teil wurde von uns überhaupt nicht verändert. D.h. die hintere Küche. Nur im Vorderteil wurde neu gemacht. Von der neu gemachten Lüftungsanlage haben wir eine Genehmigung bekommen. Der alte Teil war genehmigt.“

Der Zeuge J. K. gibt zu Protokoll:

Ich war gewerberechtlicher Geschäftsführer der C. GmbH. 2017 wurde die Firma übergeben. Ich war dann noch ein paar Monate gewerberechtlicher Geschäftsführer. Davor war ich gewerberechtlicher Geschäftsführer (Anm: wohl handelsrechtlicher Geschäftsführer; siehe Firmenbuchauszug).

Ich war bereits bei der Vorfirma gewerberechtlicher Geschäftsführer. 2011 hat es eine Genehmigung des Betriebs der Gastronomiestätte in der D.-Straße gegeben. Am Anfang hat es durch einen Bewohner im Haus immer wieder Probleme wegen der Lüftungsanlage. Der Magistrat ist an uns herangetreten, weswegen wir mehrere Änderungen durchgeführt haben. Der Herr oberhalb hat keine Ruhe gegeben und deswegen sind wir ausgestiegen. Wir haben aber in Folge der Beschwerden die Anlage in einen Zustand gebracht, mit der auch der Magistrat einverstanden war. Es hat mehrere Verhandlungen gegeben. Ganz am Schluss sind wir dann auf einen grünen Zweig gekommen. Die Beschwerden haben sich aber fortgesetzt. Deswegen haben wir dann auch übergeben. Soweit ich mich erinnern kann, war es ganz am Schluss in Ordnung. Ich war bei der Übergabe direkt nicht dabei. Ich habe dem BF auch keine Ratschläge gegeben.“

Die sachverständige Zeugin E. F. gibt zu Protokoll:

„Ich bin Amtsachverständige bei der MA 36 für Schall. Ich habe Tontechnik studiert. Es müssen 3 Jahre sein, dass ich in dem Bereich beim Magistrat tätig bin.

Ich möchte darauf hinweisen, dass die in Rede stehende Überprüfung der Betriebsanlage in der D.-Straße nicht mehr ganz aktuell ist. Ich habe zwischenzeitlich geschätzt 100 andere Kontrollen durchgeführt. Ich war damals mit einem gewebetchnischen SV unterwegs und habe 3 Mal, d.h. zu 3 verschiedenen Terminen, Erhöhungen bei den Messwerten vorgefunden.

Die Zeugin hält Nachschau in Unterlagen, um die Daten der Überprüfungen anzuführen: 11.4.2019, 13.5.2019 und 28.5.2019.

Es wurden Erhöhungen festgestellt. Exakt die gleichen Werte haben wir nicht gemessen. Aber bei einem Durchschnitt war der Wert erhöht. Es wurden die Messergebnisse fotografiert und auch aufgeschrieben. In weiterer Folge wurde ein Messbericht verfasst. Das Schreiben der MA 36 an das MBA vom 23.5.2019 in einer der Messberichte. Es hat zu jeder Messung einen Messbericht gegeben.“

Über Befragen durch den Vertreter des Beschwerdeführers, warum mehrere Messungen gemacht wurde:

„Wir sind mittels Auftrag des MBA dorthin geschickt worden. Am 11.4.2019 war es Straßenseite, am 13.5.2019 haben wir dann den Innenhof gemacht und wurde im Juni eine Abendmessung durchgeführt. Ob es sich um einen Beschwerdeführer oder eine Beschwerdeführerin handelt, ich glaube, es sind zwei, ein Mann und eine Frau.“

Über Befragung durch den Verhandlungsleiter, ob die Messung korrekt vorgenommen wurde, insbesondere in Bezug auf den Abstand von einem Meter:

„Zur Überprüfung des Messgeräts wurde aber auch näher am Objekt gemessen. Die Messwerte selbst beziehen sich aber auf einen Meter Entfernung zur Lüftungsöffnung. Ich weiß, dass meine Armlänge bis einschließlich meiner Schulter ein Meter ist. Mit Maßband habe ich nicht gemessen. Ein paar Zentimeter auf oder ab haben keinen nennenswerten Einfluss. Ich kann verlässlich sagen, dass überall ein Meter gemessen wurde. Das auf der Terrasse beanstandete Gehäuse hatte einen Schalldruckpegel, dass auch beim Fenster der Wohnung noch ein erhöhter Wert angekommen ist, obwohl dies ungefähr 3 bis 3,5 Meter entfernt war. Diesen Wert habe ich dann berechnet.“

Der Beschwerdeführer zeigt das Foto mit der Messung.

„Es mag sein, dass kein Meter Abstand gemessen werden konnte. Auf den Millimeter genau werde ich keinen Meter messen können. Da nehme ich Erfahrungswerte her. Von der Stelle, wo das Foto gemacht wurde, das ist auch nicht die relevante Stelle. Problem war aber das Gehäuse.“

Über Befragung durch den Vertreter des Beschwerdeführers, nach welchen Richtlinien die Messungen durchgeführt werden:

„S 5504 ÖAL-Richtlinie 3, ÖNORM S 5012 und die ÖNORM S 5021. Die Geräte für die Messung waren geeicht. Eichschein habe ich jetzt dazu keinen dabei.“

Für die Kalibrierung gibt es auch ein Messgerät, das immer dabei ist. Die Kalibrierung wird nicht in einem Protokoll festgehalten. Das wird aber immer ordnungsgemäß durchgeführt.“

Warum haben Sie auf den Beschwerdeführer nicht so reagiert?

„Ich muss hier meine Arbeit machen.“

Über Befragung durch den Vertreter des Beschwerdeführers, warum es bezüglich Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) zwischen der Messung am 13.5.2019 und jener am 18.6.2019 eine große Abweichung gegeben hat (hier dürfte es sich um das Zweieinhalbfache handeln):

„Einerseits gibt es eine Messtoleranz und dann gibt es immer auch Umgebungsgeräusche, die das erklären können.“

Ich weiß nicht, ob dem gewerbetechnischen Sachverständigen Veränderungen an der Anlage aufgefallen sind. Ich mach da meinen Bereich.

Warum trotz Lüftungswartung diese Werte auftreten, dazu kann ich auch nichts sagen. Ich weiß nur aus meiner Erfahrung, dass es auch gewertete Lüftungen gibt, wo die Werte schlechter werden. Aufgrund von Störungen oder eben Schwächen in der Überprüfung Ursache gewesen sein müssen.“

2. Sachverhalt

2.1. Der Beschwerdeführer war sowohl am 13.5.2019 als auch am 18.6.2019 handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. GmbH (Sitz: Wien, D.-Straße). Die C. GmbH war beginnend mit 5.4.2016 und jedenfalls bis zum 18.6.2019 Inhaberin eines Gastgewerbes in der Betriebsart Restaurant. Die Genehmigung der Betriebsanlage der C. GmbH erfolgte erstmals mit Bescheid vom 3.5.1989, MBA 1/89 und Folgebescheiden, zuletzt mit Bescheid vom 22.8.2016, MBA 2-2016.

2.2. Die genehmigten Schallpegelwerte lauten wie folgt:

Bei der Abluft im vorderen Imbiss (straßenseitig links) 39 dB (A),
bei der Abluft im Gastraum (straßenseitig, rechts) 36 dB (A),
bei der Küchenzuluft-Ansaugung (Innenhof) 38 dB (A) und
bei der Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) 36 dB (A).

Am 13.5.2019 um 19:00 Uhr wurden nachstehende Schallpegelwerte gemessen:

Bei der Abluft im vorderen Imbiss (straßenseitig links) 50,5 dB (A),
bei der Abluft im Gastraum (straßenseitig, rechts) 65,0 dB (A),
bei der Küchenzuluft-Ansaugung (Innenhof) 48,5 dB (A) und
bei der Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) 58 dB (A).

Am 18.6.2019 wurden nachstehende Schallpegelwerte gemessen:

Bei der Küchenzuluft-Ansaugung (Innenhof) 47,2 dB (A) und bei der
Küchenzuluft-Gehäuse (Innenhof) 54,5 dB (A).

2.3. Jedenfalls seit der Tätigkeit des Beschwerdeführers als handelsrechtlicher Geschäftsführer für die C. GmbH sind an der gegenständlichen Lüftungsanlage keine Änderungen vorgenommen worden.

- Beweiswürdigung

Die unter 2.1. getroffenen Feststellungen ergeben sich unzweifelhaft aus der Aktenlage und wurde diesbezüglich auch vom Beschwerdeführer nichts Gegenteiliges vorgebracht. Die zulässigen Schallpegelwerte können der Aktenlage entnommen werden. Der Beschwerdeführer erstattete dazu kein widersprechendes Vorbringen. Allerdings wurden die Messwerte der durchgeführten Messungen angezweifelt. Den im Akt aufliegenden Messergebnissen (Messung vom 13.5.2019 und Messung vom 18.6.2019), jeweils als Mitteilung der MA 36, sind angeschlossen eine Beschreibung der verwendeten Messanordnung. Die Messungen wurden von der Zeugin E. F. durchgeführt, die nach ihren Angaben bereits seit ca. drei Jahren als Sachverständige für Schall bei der Magistratsabteilung 36 tätig ist und Tontechnik studierte. Aufgrund dieser beruflichen Tätigkeit und Ausbildung ist von einer ausreichenden Qualifikation zur Vornahme der gegenständlichen Messungen auszugehen. Die sachverständige Zeugin konnte in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar darlegen, dass sie korrekt vorgegangen ist und aussagekräftige Werte gemessen wurden. Die in den Messprotokollen angeführten Messungen können somit den Feststellungen zugrunde gelegt werden. Der Beschwerdeführer konnte in der mündlichen Verhandlung glaubhaft darlegen, dass er an der

Lüftungsanlage keine Veränderungen vornehmen ließ und sind auch keine Gründe hervorgekommen, war dies der Fall gewesen sein sollte (2.3).

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

§ 74 Abs. 2 GewO, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2017, lautet:

(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."

§ 81 Abs. 1 GewO, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2017, lautet:

§ 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 Abs. 1 Z 3 GewO, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018, lautet:

§ 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);

...

§ 367 Z 25 GewO, BGBl. Nr. 194/1994 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018, lautet:

§ 367 Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2 180 € zu bestrafen ist, begeht, wer

...

25. Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs. 1 oder § 84m erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 und 359b in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen oder Aufträge nicht einhält;

...

3.2. Rechtlich folgt daraus:

3.2.1. Wie aus den angeführten Rechtsvorschriften (§ 366 Abs. 1 Z 3 GewO und § 367 Z 25 GewO) ersichtlich wird, subsumierte die belangte Behörde die festgestellte Schallpegelüberschreitung unter die falsche Strafsanktionsnorm. Es fand keine Änderung der Betriebsanlage statt (dies wäre ein Anwendungsfall von § 366 Abs. 1 Z 3 GewO gewesen), sondern wurden im Betriebsanlagenbescheid vom 22.8.2016 vorgeschriebene Grenzwerte nicht eingehalten, wodurch § 367 Z 25 GewO anwendbar wurde. Eine Abänderung des Spruchs in Bezug auf die Tatumschreibung war zulässig, weil kein neues Sachverhaltselement zur Erfassung der nach § 367 Z 25 GewO tatbildlichen Übertretung hinzugenommen werden musste.

3.2.2. Der Tatzeitraum war abzuändern und auf die Tage der Messungen zu beschränken, weil die im Akt aufliegenden Messungen am 13.5.2019 und am 18.6.2019 nicht übereinstimmen. So gab es deutliche Abweichungen bei den Messungen bzw. wurde an zwei Stellen (Abluft im vorderen Imbiss und Abluft im Gastraum) am 18.6.2019 kein Messergebnis dokumentiert. Die Beschreibung der Überschreitung der Messwerte ist im Zusammenhang mit der angelasteten Verletzung gegenständlicher Bescheidauflagen zur exakten Erfassung der Übertretung essenzielles Sachverhaltselement. Eine Fortschreibung der am 13.5.2019 gemessenen Werte für die Schallpegel ohne entsprechendes Tatsachensubstrat wird unter den beschriebenen Gegebenheiten als unzulässig angesehen.

3.2.3. Bei einer Verwaltungsübertretung nach § 367 Z 25 GewO 1994 iVm einer Bescheidaufgabe handelt es sich um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG. In einem solchen Fall ist gemäß § 5 Abs. 1 VStG Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, was in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen hat.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften trifft einen Gewerbeinhaber (oder eine ihm hinsichtlich der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit gleichgestellte Person) somit dann, wenn er den Verstoß bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit hätte hintanhaltend können. Der Gewerbeinhaber hat dafür zu sorgen, dass der Gewerbebetrieb im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften geführt wird, seine Angestellten in dieser Hinsicht zu überprüfen bzw. solche Vorkehrungen zu treffen, die eine entsprechende Überwachung sicherstellen (vgl. VwGH 19.6.1990, 90/04/0027).

Allgemeine Behauptungen darüber, dass Überprüfungen der Lüftungsanlage (jedoch ohne Schallpegelmessung) laufend erfolgten, sind nicht geeignet, die für die Annahme einer Entlastungsbescheinigung im Sinne des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG erforderliche Beurteilung zu erlauben (vgl. u.a. VwGH 6.11.1974, 1779/73), da eben nicht hervorgekommen ist, dass nach Antritt des Beschwerdeführers in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer eine Schallpegelmessung durchgeführt wurde (vgl. VwGH 9.10.1979, 2762/78). Diesbezüglich hätte der Beschwerdeführer eine Überprüfung anordnen müssen.

3.2.4. Zur Strafbemessung

Gemäß § 367 Z 25 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesbestimmung mit Geldstrafe bis zu 2.180 Euro zu bestrafen ist, wer Gebote oder Verbote von gemäß § 82 Abs 1 oder § 84d Abs 7 erlassenen Verordnungen nicht befolgt oder die gemäß den Bestimmungen der §§ 74 bis 83 und 359b in Bescheiden vorgeschriebenen Auflagen oder Aufträge nicht einhält.

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 (§§ 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.

Die angelastete Tat schädigte in nicht unerheblichem Maße das durch die gesetzliche Vorschrift geschützte Interesse an der Einhaltung von Bescheidauflagen für gewerbliche Betriebsanlagen, die ein gefahrloses Betreiben der Betriebsanlage gewährleisten sollen. Der objektive Unrechtsgehalt der dem Beschwerdeführerin angelasteten Tat war jedenfalls als erheblich anzusehen, wurde die im Interesse des gemäß § 74 GewO 1994 geschützten Personenkreises behördlicherseits anlässlich einer Betriebsüberprüfung vor Ort zu treffende Feststellung, ob der Betrieb der Betriebsanlage dem Konsens entspricht oder verneinendenfalls entsprechende Abwehrmaßnahmen zu treffen sind, in nicht unbedeutender Weise erschwert.

Dass die Einhaltung der gegenständlichen Bescheidauflagen eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Übertretungen aus besonderen Gründen nur schwer hätten vermieden werden können, ist weder hervorgekommen noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen, weshalb auch das Verschulden der Beschwerdeführerin nicht als geringfügig angesehen werden kann, wenngleich eingeräumt werden muss, dass dem Beschwerdeführer keine auffallende Sorglosigkeit vorzuwerfen ist. Aufgrund der näheren Umstände (regelmäßige Überprüfung der Lüftungsanlage und keine Vornahme von Veränderungen an der Anlage) ist er irrtümlich von auflagenkonformen Schallpegelwerten ausgegangen.

Bei der Strafbemessung war - wie bereits von der belangten Behörde - ist kein gesetzlicher Milderungs- oder Erschwerungsgrund hervorgekommen.

Abweichend von der Bemessung der Strafhöhe durch die belangte Behörde ist allerdings festzuhalten: Durch den Austausch der Strafsanktionsnorm ist vorliegend die Strafobergrenze nicht EUR 3.600,--, sondern EUR 2.180,--. Bereits aus diesem Grund war die verhängte Strafe entsprechend zu reduzieren. Darüber hinaus war aufgrund der geänderten Tatanlastung (Änderung des Vorwurfs der Überschreitung der Schallpegelwerte von einem durchgehenden

zweimonatigen Zeitraum auf zwei Tage) die Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes von geringerer Intensität. Da der Beschwerdeführer nicht mehr handelsrechtlicher Geschäftsführer der C. GmbH ist und somit spezialpräventive Gründe nicht mehr im selben Maße zu berücksichtigen waren wie zum Zeitpunkt der verwaltungsbehördlichen Entscheidung, konnte die verhängte Geldstrafe weiter herabgesetzt werden. Die prekären Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers wurden von der belangten Behörde bereits berücksichtigt.

- Zur Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die im Spruch angeführten Gesetzesbestimmungen.

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 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.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie 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.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Dr. Neumann