

TE Lvwg Erkenntnis 2016/3/3 LVwG-2015/16/3250-3

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.03.2016

Entscheidungsdatum

03.03.2016

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §46 Abs2

GewO 1994 §366 Abs1 Z2

1. GewO 1994 § 46 heute
2. GewO 1994 § 46 gültig ab 27.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
3. GewO 1994 § 46 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
4. GewO 1994 § 46 gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

1. GewO 1994 § 366 heute
2. GewO 1994 § 366 gültig ab 28.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 204/2022
3. GewO 1994 § 366 gültig von 01.10.2018 bis 27.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
4. GewO 1994 § 366 gültig von 01.05.2018 bis 30.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
5. GewO 1994 § 366 gültig von 29.03.2016 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
6. GewO 1994 § 366 gültig von 10.07.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
7. GewO 1994 § 366 gültig von 27.03.2015 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
8. GewO 1994 § 366 gültig von 14.09.2012 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
9. GewO 1994 § 366 gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
10. GewO 1994 § 366 gültig von 16.06.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2010
11. GewO 1994 § 366 gültig von 27.02.2008 bis 15.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
12. GewO 1994 § 366 gültig von 15.01.2005 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
13. GewO 1994 § 366 gültig von 01.12.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
14. GewO 1994 § 366 gültig von 01.01.2002 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
15. GewO 1994 § 366 gültig von 01.09.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
16. GewO 1994 § 366 gültig von 11.08.2000 bis 31.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
17. GewO 1994 § 366 gültig von 19.03.1994 bis 10.08.2000

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Christoph Lehne über die Beschwerde des Herrn A A, X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B B; Adresse, Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Z vom 03.11.2015, Zahl ****1, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.02.2016, Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Dr. Christoph Lehne über die Beschwerde des Herrn A A, römisch zehn, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B B; Adresse, Z, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Z vom 03.11.2015, Zahl ****1, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.02.2016,

zu Recht erkannt:

1.

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde hinsichtlich der Übertretung zu Pkt 2 teilweise stattgegeben und die verhängte Ersatzarreststrafe mit 2 Tagen festgesetzt. Das darüberhinausgehende Begehren wird abgewiesen. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde hinsichtlich der Übertretung zu Pkt 2 teilweise stattgegeben und die verhängte Ersatzarreststrafe mit 2 Tagen festgesetzt. Das darüberhinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Spruchabänderung zu Pkt 2) Nach dem Wort „haben“ wird eingefügt: Im Zusammenhang mit dem Betrieb einer weiteren Betriebsstätte zu Ihrem Hotelstandort in X besteht eine Betriebsanlagenpflicht, da sie die gesamte Aufmachung der Almwirtschaft Alm C, sowohl was die Inneneinrichtung als die äußere Gestaltung anlangt, kein Almwirtschaftsgebäude mehr darstellt sondern es sich eindeutig um einen Gewerbebetrieb handelt und da im Gastraum ca 40 Verabreichungsplätze und der Terrasse ca 100 Verabreichungsplätze zur Verfügung stehen, womit aus Gründen des Kundenschutzes eine Betriebsanlagengenehmigung der Anlage eingeholt hätten werden müssen. Spruchabänderung zu Pkt 2) Nach dem Wort „haben“ wird eingefügt: Im Zusammenhang mit dem Betrieb einer weiteren Betriebsstätte zu Ihrem Hotelstandort in römisch zehn besteht eine Betriebsanlagenpflicht, da sie die gesamte Aufmachung der Almwirtschaft Alm C, sowohl was die Inneneinrichtung als die äußere Gestaltung anlangt, kein Almwirtschaftsgebäude mehr darstellt sondern es sich eindeutig um einen Gewerbebetrieb handelt und da im Gastraum ca 40 Verabreichungsplätze und der Terrasse ca 100 Verabreichungsplätze zur Verfügung stehen, womit aus Gründen des Kundenschutzes eine Betriebsanlagengenehmigung der Anlage eingeholt hätten werden müssen.

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde hinsichtlich Pkt 1 teilweise stattgegeben und die Geldstrafe auf Euro 200,-- herabgesetzt, die Ersatzarreststrafe mit einem Tag festgesetzt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde hinsichtlich Pkt 1 teilweise stattgegeben und die Geldstrafe auf Euro 200,-- herabgesetzt, die Ersatzarreststrafe mit einem Tag festgesetzt.

Spruchabänderung zu Pkt 1) Nach dem Wort „muss“ wird eingefügt: Es wird in dieser weiteren Betriebsstätte des Hotels „H“ die auch von diesem auf der Homepage beworben wird, warmes Essen verabreicht, ebenso kalte Imbisse und werden kalte und warme Getränke ausgeschenkt.

2.

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VwGVG wird der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu Pkt 1 mit Euro 20,-- neu bestimmt. Gemäß Paragraph 64, Absatz eins und 2 VwGVG wird der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu Pkt 1 mit Euro 20,-- neu bestimmt.

3.

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

Rechtsmittelbelehrung

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

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt, Beschwerdevorbringen, Vorverfahren, mündliche Verhandlung:

Im Zusammenhang mit der gegenständlichen Ausschank- und Verabreichungstätigkeit des Beschwerdeführers in der Alm C fand bereits im Jahr 2014 ein Verwaltungsstrafverfahren wegen unerlaubter Gewerbeausübung bzw Betrieb einer Betriebsanlage ohne Betriebsanlagengenehmigung statt, welches mit dem Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Z vom 01.04.2014, ZI ****2, abgeschlossen wurde. Über die dagegen erhobene Beschwerde, in der eine rein landwirtschaftliche Nebentätigkeit behauptet wurde, wurde in den Verfahren LVwG-2014/28/1309 und LVwG-2014/25/1287 seitens der Richter/innen Weißgatterer und Hohenhorst eine gemeinsame mündliche Verhandlung durchgeführt. Das Verfahren endete hinsichtlich der unerlaubten Gewerbetätigkeit mit einem Freispruch, da zwar eine gewerbliche Tätigkeit bejaht wurde, aber aufgrund des Vorliegens einer Gastgewerbeberechtigung des Beschwerdeführers der Schuldvorwurf einzustellen sei, da sich die Tätigkeit auf der Alm C als weitere Betriebsstätte zum Hotel darstelle. Vom Vorwurf der unerlaubten Errichtung und den Betrieb einer Betriebsanlage erfolgte ein Freispruch, da zwar die Merkmale eines Gastgewerbebetriebes vorliegen würden, aber keine Betriebsanlagenpflicht allein aus dem Ausschank in unverschlossenen Gefäßen begründet werden könne. Am 26.08.2015 hatte der Erhebungsbeamte der Bezirkshauptmannschaft Z neuerlich eine Kontrolle in der gegenständlichen Anlage durchgeführt und Folgendes festgehalten:

1. Almwirtschaft C, A A, geb. am xx.xx.xxxx, öster. StA., whft. in X, Adresse, betreibt die Alm C ohne Betriebsanlagengenehmigung. In der Küche sind ein 4-Flammen-Gasherd, ein Geschirrspüler mit händischer Vorwaschanlage, Mikrowelle, Lüftung etc (siehe Lichtbildbeilage 1 -8) vorhanden. Beim Ausschank an der Bar ist ein Zapfhahn für Bier in Verwendung (Lichtbildbeilage 9 und 10). Die Fässer befinden sich im Keller des Betriebes (Schankanlage). Laut A A ist das Speisen- und Getränkeangebot ident mit den in der Anzeige vom 03.06.2014 angeführten Produkten. Es stehen 40 Verabreichungsplätze im Innenraum sowie 100 Verabreichungsplätze auf der Terrasse zur Verfügung. Die weiteren Ausführungen des Berichts sind der Alm D und der Materialseilbahn Alm D gewidmet. 1. Almwirtschaft C, A A, geb. am xx.xx.xxxx, öster. StA., whft. in römisch zehn, Adresse, betreibt die Alm C ohne Betriebsanlagengenehmigung. In der Küche sind ein 4-Flammen-Gasherd, ein Geschirrspüler mit händischer Vorwaschanlage, Mikrowelle, Lüftung etc (siehe Lichtbildbeilage 1 -8) vorhanden. Beim Ausschank an der Bar ist ein Zapfhahn für Bier in Verwendung (Lichtbildbeilage 9 und 10). Die Fässer befinden sich im Keller des Betriebes (Schankanlage). Laut A A ist das Speisen- und Getränkeangebot ident mit den in der Anzeige vom 03.06.2014 angeführten Produkten. Es stehen 40 Verabreichungsplätze im Innenraum sowie 100 Verabreichungsplätze auf der Terrasse zur Verfügung. Die weiteren Ausführungen des Berichts sind der Alm D und der Materialseilbahn Alm D gewidmet.

Daraufhin erfolgte mit dem gegenständlich angefochtenen Straferkenntnis eine Bestrafung wegen Nichtanzeige einer weiteren Betriebsstätte und wegen dem Betrieb einer Betriebsanlage ohne Betriebsanlagengenehmigung. Wegen Übertretungen nach 1. § 46 Abs 2 und 2. § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 erhielt der Beschwerdeführer Geldstrafen in der Höhe von jeweils Euro 300,-- Ersatzarrest im Ausmaß von insgesamt 6 Tagen zuzüglich der Verfahrenskosten erster Instanz. Daraufhin erfolgte mit dem gegenständlich angefochtenen Straferkenntnis eine Bestrafung wegen Nichtanzeige einer weiteren Betriebsstätte und wegen dem Betrieb einer Betriebsanlage ohne Betriebsanlagengenehmigung. Wegen Übertretungen nach 1. Paragraph 46, Absatz 2 und 2, Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 erhielt der Beschwerdeführer Geldstrafen in der Höhe von jeweils Euro 300,-- Ersatzarrest im Ausmaß von insgesamt 6 Tagen zuzüglich der Verfahrenskosten erster Instanz.

In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wird wie im Vorverfahren das Vorliegen einer Nebentätigkeit zur Landwirtschaft behauptet und werden beide Übertretungen bestritten.

Am 23.2.2016 fand eine mündliche Verhandlung statt, bei der Beweis aufgenommen wurde durch die Einvernahme des Beschwerdeführers, die Verlesung des Voraktes LVwG-2014/28/1309 und des Erkenntnisses zu LVwG-2014/25/1287-2 sowie die Erhebung des aktuellen Erhebungsberichtes und die Einvernahme des Erhebungsbeamten dazu.

Der Zeuge D.A. berief sich auf seine Ausführungen im Bericht, bejahte, dass hinter dem Almgebäude ein landwirtschaftliches Gebäude vorhanden sei, ob dort Vieh gehalten werden, könne er nicht beurteilen. Er bejahte auch, dass während seines Augenscheines Gäste vorhanden gewesen wären. Die Fotos der Gastwirtschaft in Beilage 2 der Verhandlungsschrift in den Akten 2014/28/1309 und 2014/25/1287 erkannte er wieder. Die eigenen Fotos würden Beilage der Betriebsanlagenakten der BH Z sein.

Sachverhalt:

Da sich am Erscheinungsbild der Anlage nichts geändert hat und die wesentlichen Ausführungen im Bericht vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten werden, ist davon auszugehen, dass dieser an sieben Tagen in der Woche auf der Alm C kalte und warme Getränke ausschenkt und kalte und warme Speisen verabreicht. Es besteht kein Zweifel, dass das Erhebungsorgan die Verabreichungsplätze richtig eingeschätzt hat und dort 40 Verabreichungsplätze und auf der Terrasse 100 Verabreichungsplätze zur Verfügung stehen.

Im Rahmen der Almwirtschaft Alm C werden diverse Speisen und Getränke angeboten, welche nicht ausschließlich durch Erzeugnisse der Almwirtschaft gewonnen werden (Hier wird auf die Sachverhaltsfeststellungen der beiden verwaltungsgerichtlichen Vorakten verwiesen). Vielmehr ist es so, dass die Speisekarte, welche während der Saison auch wechselt, 10 bis 12 Speisen im Angebot hat und im Aushang zur Alm auch eine Tageskarte mit diversen Speisen im Angebot aufgestellt ist. Es werden alkoholfreie Getränke wie Cola, Fanta, Sprite, Sodawasser und Johannisbeersaft angeboten. Die Limonaden Cola, Fanta und Sprite werden an die Gäste in Gläsern ausgeschenkt (0,25 l oder 0,50 l, der Almdudler wird in einer Flasche mit 0,33 l übergeben; ebenso das Mineralwasser, welches auch in 0,25 l Falschen an die Gäste übergeben wird). Weiters werden Filterkaffee, handelsüblicher Tee sowie selbstproduzierter Tee angeboten sowie Wein und Rum.

Im Rahmen des Internetauftritts des Hotels H wird auch die Almwirtschaft Alm C beworben und wird den Gästen des Hotels H die Mitbenützung der Alm C angeboten; dies um eine bessere Auslastung des Hotels zu erreichen. Die gesamte Aufmachung der Almwirtschaft Alm C, was sowohl die Inneneinrichtung als auch die äußere Gestaltung anlangt, stellt kein Almwirtschaftsgebäude mehr dar sondern handelt es sich dabei eindeutig um einen Gewerbebetrieb. Der Umstand, dass Hauswurst, Milch und Rahm zum Tee und teilweise Kräutertee aus eigener Produktion stammen, kann dies nicht aufwiegen. Auch die Innen- und Außensitzplätze der Alm C deuten eindeutig auf einen gastgewerblichen Betrieb hin. (Hier wird auf die Fotos in der Beilage der Verhandlungsschrift aus 2014 verwiesen).

Ebenso wurden die Feststellungen in beiden Erkenntnissen der Richter Weißgatterer und Hohenhorst übernommen.

Auf der Alm C sind, abhängig vom Gästeaufkommen, ein bis zwei Personen mit Kochen und Servieren beschäftigt und müssen bei Bedarf Familienmitglieder selbst auf der Almwirtschaft Alm C aushelfen. Wegen des Betriebes „Almwirtschaft Alm C“ muss ein Mitarbeiter mehr beschäftigt werden. In der Saison vor der Beschwerdeverhandlung am 18.06.2014 wurde ein Umsatz von Euro 25.000,-- bis 26.000,-- erreicht.

Der Beschwerdeführer hat keine weitere Betriebsstätte zum Hotel H in X/Y, Adresse, angezeigt, und er hat auch nicht um eine Betriebsanlagengenehmigung für die Alm C angesucht.

In rechtlicher Hinsicht ist der festgestellte Sachverhalt zu würdigen wie folgt:

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, dass der von ihm durchgeführte Ausschank die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO erfüllen würde. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, dass der von ihm durchgeführte Ausschank die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO erfüllen würde.

Aus § 2 Abs 4 Z 10 GewO geht hervor, dass unter Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes (Abs 1 oder 2) die Verabreichung und das Ausschenken selbsterzeugter Produkte sowie von ortsüblichen, in Flaschen abgefüllten Getränken im Rahmen der Almbewirtschaftung, zu verstehen sind. Daher seien die Bestimmungen über die weiteren Betriebsstätte und die Bestimmungen über die Betriebsanlage nach § 2 Abs 1 GewO dieses Bundesgesetz auf den Beschwerdeführer nicht anzuwenden. Aus Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO geht hervor, dass unter Nebengewerben der Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes (Absatz eins, oder 2) die Verabreichung und das Ausschenken selbsterzeugter Produkte sowie von ortsüblichen, in Flaschen abgefüllten Getränken im Rahmen der Almbewirtschaftung, zu verstehen sind. Daher seien die Bestimmungen über die weiteren Betriebsstätte und die Bestimmungen über die Betriebsanlage nach Paragraph 2, Absatz eins, GewO dieses Bundesgesetz auf den Beschwerdeführer nicht anzuwenden.

Dem Beschwerdeführer ist zu entgegnen, dass Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft keineswegs Land- und Forstwirtschaft darstellt. Nebengewerbe sind Gewerbe, die vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung deshalb ausgenommen sind, weil sie in einem engen Zusammenhang mit der Land- und Forstwirtschaft stehen, wobei sich die

Unterordnung der Nebengewerbe und die Land- und Forstwirtschaft aus der Bezeichnung „Nebengewerbe“ ergibt. Die Nebentätigkeit muss mit einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb organisatorisch verflochten und diesem untergeordnet sein. Die Qualifikation des Nebengewerbes erfordert das Bestehen eines landwirtschaftlichen Hauptbetriebes bzw setzt das Bestehen eines land- und forstwirtschaftlichen Hauptbetriebes voraus. Für den Begriff eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes ist es klar charakteristisch, dass dieses untrennbar mit einem landwirtschaftlichen Unternehmen verbunden ist und ohne dessen Betrieb nicht gedacht werden kann.

Bei der Ver- und Bearbeitung von Naturprodukten kommt es als erstes Tatbestandsmerkmal eines – hier in Rede stehenden – bäuerlichen Nebengewerbes darauf an, dass die Naturprodukte überwiegend aus eigener Erzeugung stammen. Dazu bedarf es einer vergleichenden Gegenüberstellung der jeweils ausgeübten Tätigkeit der Erzeugung des Naturproduktes und der Tätigkeit der Ver- und Bearbeitung. Bei einem solchen Vergleich ist in jedem Einzelfall auf alle wirtschaftlichen Elemente der betreffenden Tätigkeit, insbesondere auf Ausmaß der Wertschöpfung, Höhe des Ertrages und der Kosten und den Aufwand an Arbeitskräften und Arbeitszeit Bedacht zu nehmen. Dieser Vergleich ist nur auf „das Naturprodukt“ abzustellen, das in der einen Wirtschaftsphase den Gegenstand der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugungstätigkeit und in der anderen Wirtschaftsphase den Gegenstand der Ver- und Bearbeitung dient. Nach § 2 Abs 4 Z 1 GewO 1994 dürfen daher nur untergeordnete und somit „nicht hauptsächlich“ fremde, das heißt auch zugekaufte, Naturprodukte verarbeitet werden, wobei sich das zulässige Verhältnis zwischen „eigenem Naturprodukt“ und „mitverarbeiteten Erzeugnissen“ aus einem darauf Bezug habenden Wertvergleich im Sinne des letzten Satzteils des § 2 Abs 4 Z 1 ergibt. Bei der Ver- und Bearbeitung von Naturprodukten kommt es als erstes Tatbestandsmerkmal eines – hier in Rede stehenden – bäuerlichen Nebengewerbes darauf an, dass die Naturprodukte überwiegend aus eigener Erzeugung stammen. Dazu bedarf es einer vergleichenden Gegenüberstellung der jeweils ausgeübten Tätigkeit der Erzeugung des Naturproduktes und der Tätigkeit der Ver- und Bearbeitung. Bei einem solchen Vergleich ist in jedem Einzelfall auf alle wirtschaftlichen Elemente der betreffenden Tätigkeit, insbesondere auf Ausmaß der Wertschöpfung, Höhe des Ertrages und der Kosten und den Aufwand an Arbeitskräften und Arbeitszeit Bedacht zu nehmen. Dieser Vergleich ist nur auf „das Naturprodukt“ abzustellen, das in der einen Wirtschaftsphase den Gegenstand der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugungstätigkeit und in der anderen Wirtschaftsphase den Gegenstand der Ver- und Bearbeitung dient. Nach Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer eins, GewO 1994 dürfen daher nur untergeordnete und somit „nicht hauptsächlich“ fremde, das heißt auch zugekaufte, Naturprodukte verarbeitet werden, wobei sich das zulässige Verhältnis zwischen „eigenem Naturprodukt“ und „mitverarbeiteten Erzeugnissen“ aus einem darauf Bezug habenden Wertvergleich im Sinne des letzten Satzteils des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer eins, ergibt.

Die Zulässigkeit der Ver- und Bearbeitung des eigenen Naturproduktes ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1.

Der Charakter des jeweiligen Betriebes als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb muss gewahrt bleiben;

2.

Der Wert der allenfalls mit verarbeiteten Erzeugnissen muss gegenüber dem Wert des bearbeiteten oder verarbeiteten Naturproduktes ungeordnet sein.

Das gegenständliche Beweisverfahren hat jedoch ergeben, dass es keine organisatorische Verbundenheit mit dem bestehenden land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gibt. Vielmehr ist eine organisatorische Verbundenheit eindeutig mit dem Hotel des Beschwerdeführers gegeben. Gegenständlich ist es weiters so, dass eine Arbeitskraft die gesamte Saison in der Almwirtschaft beschäftigt ist und vom Hotel auch bei Stoßzeiten Personal zur Alm C gebracht wird, um dort mitzuarbeiten. Zudem war, laut Aussage des Beschwerdeführers, der Umsatz in der angesprochenen Saison zwischen Euro 25.000,-- und Euro 26.000,-- und strebt der Beschwerdeführer selbst einen Umsatz von Euro 35.000,-- an. Das gesamte Erscheinungsbild der Alm C, die Werbung für die Alm C und der damit verbundene Internetauftritt deuten ganz klar auf einen gastgewerblichen Betrieb und nicht auf Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft hin.

Überdies erfolgte die Bemessung der Sitzplätze auf der Terrasse auf die Anzahl der Busgäste, die zum Hotel ins Tal kommen. Die Alm C wird im Rahmen des Internetauftritts des Hotel H beworben und an die Gäste des Hotels H wird eine Mitversorgung auf der Alm C als Paket verkauft. Im Hotel beschäftigtes Personal kommt auf der Alm zum Einsatz und wegen der Alm C beschäftigt das Hotel einen Fixangestellten mehr. Das Konzept ist so gestaltet, dass den Gästen

des Hotels H die Mitbenützung der Alm C angeboten wird, um eine bessere Auslastung des Hotels zu erreichen. Die Inneneinrichtung des Almwirtschaftsgebäudes entspricht (aufgrund der vorhandenen Fotos) der eines Gasthauses und nicht der für Almen üblichen Schlichtheit.

Aus all diesen Gründen steht für den Richter in Übereinstimmung mit den Ausführungen seiner bisher involvierten Kollegen Dr. Hohenhorst und Mag. Weißgatterer fest, dass die Verabreichung bzw der Ausschank nicht im Rahmen der Almbewirtschaftung sondern im Rahmen einer weiteren Betriebsstätte des Hotels H in X/Y stattfand. Der Umstand, dass die Hauswurst, Milch und Rahm zu Tee und Kaffee und teilweise die Kräutertees aus eigener Produktion stammen, kann dies nicht aufwiegen. Damit liegt kein Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 vor. Aus all diesen Gründen steht für den Richter in Übereinstimmung mit den Ausführungen seiner bisher involvierten Kollegen Dr. Hohenhorst und Mag. Weißgatterer fest, dass die Verabreichung bzw der Ausschank nicht im Rahmen der Almbewirtschaftung sondern im Rahmen einer weiteren Betriebsstätte des Hotels H in X/Y stattfand. Der Umstand, dass die Hauswurst, Milch und Rahm zu Tee und Kaffee und teilweise die Kräutertees aus eigener Produktion stammen, kann dies nicht aufwiegen. Damit liegt kein Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 vor.

Um die Genehmigungspflicht einer Betriebsanlage auszulösen, ist das Vorhandensein von Maschinen und Geräten nicht erforderlich. Bereits die grundsätzliche Eignung einer Betriebsanlage zu Gefährdungen, Belästigungen usw begründet die Genehmigungspflicht. Ob im konkreten Fall tatsächlich Gefährdungen usw bestehen, ist im Genehmigungsverfahren nach § 77 zu prüfen. Die Genehmigungspflicht ist immer schon dann gegeben, wenn solche Auswirkungen (Gefährdungen, Belästigungen usw) auf bestimmte Personen nicht auszuschließen sind. Tatbestandselement nach § 74 Abs 2 GewO ist die mit einer gewerblichen Betriebsanlage verbundene konkrete Eignung, die näher bezeichneten Auswirkungen hervorzurufen. Um die Genehmigungspflicht einer Betriebsanlage auszulösen, ist das Vorhandensein von Maschinen und Geräten nicht erforderlich. Bereits die grundsätzliche Eignung einer Betriebsanlage zu Gefährdungen, Belästigungen usw begründet die Genehmigungspflicht. Ob im konkreten Fall tatsächlich Gefährdungen usw bestehen, ist im Genehmigungsverfahren nach Paragraph 77, zu prüfen. Die Genehmigungspflicht ist immer schon dann gegeben, wenn solche Auswirkungen (Gefährdungen, Belästigungen usw) auf bestimmte Personen nicht auszuschließen sind. Tatbestandselement nach Paragraph 74, Absatz 2, GewO ist die mit einer gewerblichen Betriebsanlage verbundene konkrete Eignung, die näher bezeichneten Auswirkungen hervorzurufen.

Bei einem Gastgewerbebetrieb mit insgesamt ca 140 Verabreichungsplätzen sind Gefährdungen von Leben oder Gesundheit des Gewerbetreibenden oder der Kunden nie von vorneherein auszuschließen, weshalb eine Genehmigungspflicht vorliegt, so die Betriebsanlage der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

Für den Richter besteht aufgrund der vorhandenen Fotos und der durchgeführten Einvernahmen sowie auch aufgrund der vorliegenden Entscheidungen der Richter Hohenhorst und Weißgatterer kein Zweifel daran, dass es sich bei der vom Beschwerdeführer betriebenen Alm C um eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage handelt.

Der Umstand, dass beim letzten Verwaltungsstrafverfahren nach § 366 Abs 1 Z 3 GewO 1994 ein Freispruch erfolgte, ist im gegenständlichen Fall nicht einem Schuldspruch hinderlich, weil in diesem Fall ein Zusammenhang mit der weiteren Betriebsstätte zum Hotel des Beschwerdeführers vorliegt und damit klar eine Betriebsanlagenpflicht zu bejahen ist. Der letzte Freispruch erfolgte nur wegen der Verknüpfung der Betriebsanlagenpflicht mit dem Ausschank von nicht geschlossenen Gefäßen. Damit sind beide Schuldsprüche zu bestätigen. Der Umstand, dass beim letzten Verwaltungsstrafverfahren nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, GewO 1994 ein Freispruch erfolgte, ist im gegenständlichen Fall nicht einem Schuldspruch hinderlich, weil in diesem Fall ein Zusammenhang mit der weiteren Betriebsstätte zum Hotel des Beschwerdeführers vorliegt und damit klar eine Betriebsanlagenpflicht zu bejahen ist. Der letzte Freispruch erfolgte nur wegen der Verknüpfung der Betriebsanlagenpflicht mit dem Ausschank von nicht geschlossenen Gefäßen. Damit sind beide Schuldsprüche zu bestätigen.

Von der Strafbemessung her liegen keine Milderungsgründe vor. Als Verschuldensgrad ist Fahrlässigkeit anzunehmen. Es wurde dem Beschwerdeführer immerhin in der Begründung beider Erkenntnisse klar dargelegt, dass es sich um eine Betriebsanlage handelt und hätte er daher um eine Betriebsanlage ansuchen müssen bzw die weitere Betriebsstätte zu seinem Hotel anzeigen müssen. Als mildernd ist nichts zu werten, da sonstige Vormerkungen des

Beschwerdeführers vorliegen (siehe Vormerkauszug in den Vorakten). Die Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers sind als ausreichend für die verhängten Strafen anzusehen. Allerdings ist der Strafraum des § 367 GewO 1994 mit bis zu Euro 2180,-- deutlich niedriger als der Strafraum des § 366 Abs 1 GewO 1994 mit bis zu Euro 3600,--. Daher kann nur die Geldstrafe zu Pkt 2 bestätigt werden, die Geldstrafe zu Pkt 2 ist mit annähernd 10% des gesetzlichen Strafraums festzusetzen um eine Angemessenheit im Verhältnis der beiden Strafen zu erreichen. Die unzulässigerweise festgesetzte „Gesamtersatzarreststrafe“ von 6 Tagen ist mit 2 Tagen für die Übertretung zu Pkt 2 und mit 1 Tag für die Übertretung zu Pkt 1 festzusetzen. Da der Beschwerdeführer im Ergebnis bezüglich der Ersatzarreststrafe einen Erfolg verzeichnet hat, sind keine Beschwerdekosten aufzuerlegen. Die erstinstanzliche Kostenentscheidung zu Pkt 1 ist richtigzustellen und beruht auf den bezogenen Gesetzesstellen. Von der Strafbemessung her liegen keine Milderungsgründe vor. Als Verschuldensgrad ist Fahrlässigkeit anzunehmen. Es wurde dem Beschwerdeführer immerhin in der Begründung beider Erkenntnisse klar dargelegt, dass es sich um eine Betriebsanlage handelt und hätte er daher um eine Betriebsanlage ansuchen müssen bzw die weitere Betriebsstätte zu seinem Hotel anzeigen müssen. Als mildernd ist nichts zu werten, da sonstige Vormerkungen des Beschwerdeführers vorliegen (siehe Vormerkauszug in den Vorakten). Die Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers sind als ausreichend für die verhängten Strafen anzusehen. Allerdings ist der Strafraum des Paragraph 367, GewO 1994 mit bis zu Euro 2180,-- deutlich niedriger als der Strafraum des Paragraph 366, Absatz eins, GewO 1994 mit bis zu Euro 3600,--. Daher kann nur die Geldstrafe zu Pkt 2 bestätigt werden, die Geldstrafe zu Pkt 2 ist mit annähernd 10% des gesetzlichen Strafraums festzusetzen um eine Angemessenheit im Verhältnis der beiden Strafen zu erreichen. Die unzulässigerweise festgesetzte „Gesamtersatzarreststrafe“ von 6 Tagen ist mit 2 Tagen für die Übertretung zu Pkt 2 und mit 1 Tag für die Übertretung zu Pkt 1 festzusetzen. Da der Beschwerdeführer im Ergebnis bezüglich der Ersatzarreststrafe einen Erfolg verzeichnet hat, sind keine Beschwerdekosten aufzuerlegen. Die erstinstanzliche Kostenentscheidung zu Pkt 1 ist richtigzustellen und beruht auf den bezogenen Gesetzesstellen.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (etwa vom 30.01.1996, 95/04/0178 oder vom 26.02.1991, 90/04/0147) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Zudem ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenso liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (etwa vom 30.01.1996, 95/04/0178 oder vom 26.02.1991, 90/04/0147) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Zudem ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenso liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Hinweis:

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

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Christoph Lehne

(Richter)

Schlagworte

Betriebsanlage; Nebengewerbe

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2016:LVwG.2015.16.3250.3

Zuletzt aktualisiert am

22.04.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at