

# TE Lvwg Erkenntnis 2014/11/25 LVwG-2014/28/1309-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.11.2014

## Entscheidungsdatum

25.11.2014

## Index

50/01 Gewerbeordnung

## Norm

GewO 1994 §2 Abs4 Z10

1. GewO 1994 § 2 heute
2. GewO 1994 § 2 gültig ab 03.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
3. GewO 1994 § 2 gültig von 18.07.2017 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
4. GewO 1994 § 2 gültig von 12.08.2016 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2016
5. GewO 1994 § 2 gültig von 10.07.2015 bis 11.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
6. GewO 1994 § 2 gültig von 29.05.2013 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
7. GewO 1994 § 2 gültig von 14.09.2012 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
8. GewO 1994 § 2 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
9. GewO 1994 § 2 gültig von 30.04.2011 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2010
10. GewO 1994 § 2 gültig von 01.01.2010 bis 29.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
11. GewO 1994 § 2 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
12. GewO 1994 § 2 gültig von 01.11.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
13. GewO 1994 § 2 gültig von 01.01.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
14. GewO 1994 § 2 gültig von 24.01.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2006
15. GewO 1994 § 2 gültig von 01.09.2005 bis 23.01.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2005
16. GewO 1994 § 2 gültig von 15.01.2005 bis 31.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
17. GewO 1994 § 2 gültig von 30.11.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
18. GewO 1994 § 2 gültig von 01.08.2002 bis 29.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
19. GewO 1994 § 2 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
20. GewO 1994 § 2 gültig von 24.07.2002 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
21. GewO 1994 § 2 gültig von 02.12.2000 bis 23.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2000
22. GewO 1994 § 2 gültig von 01.06.1998 bis 01.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 116/1998
23. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1997 bis 31.05.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
24. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
25. GewO 1994 § 2 gültig von 17.10.1995 bis 30.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 691/1995
26. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1994 bis 16.10.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994

27. GewO 1994 § 2 gültig von 01.07.1994 bis 30.06.1994

28. GewO 1994 § 2 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1994

## Text

### IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seine Richterin Mag. Bettina Weißgatterer über die Beschwerde des Herrn A, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B, Adresse<sup>1</sup>, Ort<sup>2</sup>, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ort<sup>2</sup> vom 01.04.2014, ZI \*\*-\*-\*-\*\*\*\*, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis zu Spruchpunkt 1. behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 iVm § 38 VwGVG eingestellt. 1. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis zu Spruchpunkt 1. behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 38, VwGVG eingestellt.

2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig. 2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

### Rechtsmittelbelehrung

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu 750 Euro und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu 400 Euro verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

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. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

### Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck vom 01.04.2014, ZI \*\*-\*-\*-\*\*\*\*, wurde dem Beschwerdeführer spruchgemäß nachstehender Sachverhalt vorgeworfen:

„1. Es wird Ihnen zur Last gelegt, dass Sie als Betriebsinhaber der X-alm in Ort1 am 10.09.2013 dadurch gewerbsmäßig unbefugt das Gewerbe „Gastgewerbe“ gemäß § 94 Ziffer 26 GewO ausgeübt haben, indem Sie selbstständig und in der Absicht einen Ertrag bzw. einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, am genannten Tag Ort1 X-alm, nicht in Flaschen abgefüllte ortsübliche Getränke wie beispielsweise Coca-Cola, Fanta und Sprite (im Ausschankmaße 0,5 l aus 1 l Flaschen), ¼ l G'spritzter weiß oder rot, Kaffee, Tee mit Rum (handelsübliche Teebeutel), Johannisbeersaft sowie Apfelsaft pur und gespritzt (jeweils aus Tetra-Pak), Glühwein und Jagertee (Ausschank aus 1 l Flaschen in 0,25 l Gläser) verabreicht haben, obwohl Sie nicht im Besitze der hierfür erforderlichen Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Gastgewerbe“ gemäß § 94 Z 26 GewO sind.“ 1. Es wird Ihnen zur Last gelegt, dass Sie als Betriebsinhaber der X-alm in Ort1 am 10.09.2013 dadurch gewerbsmäßig unbefugt das Gewerbe „Gastgewerbe“ gemäß Paragraph 94, Ziffer 26 GewO ausgeübt haben, indem Sie selbstständig und in der Absicht einen Ertrag bzw. einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, am genannten Tag Ort1 X-alm, nicht in Flaschen abgefüllte ortsübliche Getränke wie beispielsweise Coca-Cola, Fanta und Sprite (im Ausschankmaße 0,5 l aus 1 l Flaschen), ¼ l G'spritzter weiß oder rot, Kaffee, Tee mit Rum

(handelsübliche Teebeutel), Johannisbeersaft sowie Apfelsaft pur und gespritzt (jeweils aus Tetra-Pak), Glühwein und Jagertee (Ausschank aus 1 l Flaschen in 0,25 l Gläser) verabreicht haben, obwohl Sie nicht im Besitze der hierfür erforderlichen Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Gastgewerbe“ gemäß Paragraph 94, Ziffer 26, GewO sind.

2. Zudem haben Sie es zu verantworten, dass von Ihnen am 10.09.2013 das Gastgewerbe in oben genannter Form ohne die hierzu erforderliche Betriebsanlagengenehmigung gewerbsmäßig betrieben wurde indem wie- oben angeführt -nicht in Flaschen abgefüllte ortsübliche Getränke verabreicht wurden, obwohl es sich dabei um eine gemäß § 74 Abs 1 und Abs 2 Ziffer 1 GewO genehmigungspflichtige Betriebsanlage handelt, welche geeignet ist, das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ASchG, BGBl. Nr. 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen, 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. 2. Zudem haben Sie es zu verantworten, dass von Ihnen am 10.09.2013 das Gastgewerbe in oben genannter Form ohne die hierzu erforderliche Betriebsanlagengenehmigung gewerbsmäßig betrieben wurde indem wie- oben angeführt -nicht in Flaschen abgefüllte ortsübliche Getränke verabreicht wurden, obwohl es sich dabei um eine gemäß Paragraph 74, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 1 GewO genehmigungspflichtige Betriebsanlage handelt, welche geeignet ist, das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ASchG, Bundesgesetzblatt Nr. 450 aus 1994,, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen, 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.

Diese Verwaltungsübertretungen wurden im Zuge einer am 10.09.2013 durch das zuständige Erhebungsorgan durchgeführten Kontrolle in Ihrem Betrieb „Ort1 X-alm“ festgestellt.

Sie haben dadurch zu

1. eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO in Verbindung mit § 5 Abs 1 leg cit in Verbindung mit § 94 Z 26 GewO 1. eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, leg cit in Verbindung mit Paragraph 94, Ziffer 26, GewO
2. eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 2 in Verbindung mit § 74 Abs 1 und Abs 2 Z 1 GewO begangen 2. eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 74, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer eins, GewO begangen.

Aus diesem Grunde wird gegen Sie zu

1. gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 800,00 1. gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 800,00
2. gemäß § 366 Abs 1 Z 2 GewO eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 800,00 2. gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 800,00

verhängt.

Im Uneinbringlichkeitsfalle tritt an Stelle der Geldstrafe zu

1. eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 8 Tagen.
2. eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 8 Tagen.

Der Beschuldigte hat zudem als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 Abs 2 Verwaltungsstrafgesetz EUR 160,00 zu zahlen und die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen. Der Beschuldigte hat zudem als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß Paragraph 64, Absatz 2, Verwaltungsstrafgesetz EUR 160,00 zu zahlen und die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Sohin beläuft sich der Gesamtbetrag auf EUR 1.760.00.“

Dagegen erhob der Beschwerdeführer das Rechtsmittel der Beschwerde und führte in dieser aus wie folgt:

„In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache wurde dem bevollmächtigten Vertreter des Beschwerdeführer das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ort2 vom 01.04.2014, Gz. \*\*-\*\*-\*\*\*\*, am 04.04.2014 zugestellt.

Binnen offener Frist erhebt der Beschuldigte durch seinen bevollmächtigten Vertreter gegen das vor zitierte Straferkenntnis der belangten Behörde die

## BESCHWERDE

an das Landesverwaltungsgericht Tirol.

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde in seinem subjekt-öffentlichen Recht auf Nichtbestrafung mangels Erfüllung des gesetzlichen Tatbildes des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 sowie Nichtbestrafung mangels Erfüllung des gesetzlichen Tatbildes des § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 bzw. auf Unterbleiben der Bestrafung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 sowie § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994, wenn die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen, verletzt. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde in seinem subjekt-öffentlichen Recht auf Nichtbestrafung mangels Erfüllung des gesetzlichen Tatbildes des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 sowie Nichtbestrafung mangels Erfüllung des gesetzlichen Tatbildes des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 bzw. auf Unterbleiben der Bestrafung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 sowie Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994, wenn die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen, verletzt.

Das angefochtene Straferkenntnis wird in seinem gesamten Umfang angefochten und die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnis in eventu die Herabsetzung der gegen den Beschwerdeführer verhängten Geldstrafe begehrt, wobei die Beschwerdegründe der inhaltlichen Rechtswidrigkeit sowie der Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde wurde gegen den Beschwerdeführer wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 in Verbindung mit § 5 Abs 1 leg cit in Verbindung mit § 94 Z 26 GewO eine Geldstrafe nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 in Höhe von € 800,00 sowie wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 in Verbindung mit § 74 Abs 1 und Abs 2 Z 1 GewO 1994 gemäß § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 eine Geldstrafe in Höhe von € 800,00, sohin insgesamt eine Geldstrafe in Höhe von € 1.600,00 verhängt. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde wurde gegen den Beschwerdeführer wegen einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, leg cit in Verbindung mit Paragraph 94, Ziffer 26, GewO eine Geldstrafe nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 in Höhe von € 800,00 sowie wegen einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 in Verbindung mit Paragraph 74, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer eins, GewO 1994 gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 eine Geldstrafe in Höhe von € 800,00, sohin insgesamt eine Geldstrafe in Höhe von € 1.600,00 verhängt.

Im Uneinbringlichkeitsfalle wurde gegen den Beschwerdeführer aufgrund der vor beschriebenen Verwaltungsübertretungen eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von jeweils 8 Tagen verhängt.

Schlussendlich wurde dem Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Bescheid auch der Ersatz der Kosten des Strafverfahrens nach § 64 Abs 2 VStG in Höhe von € 160,00 auferlegt, sodass sich der vom Beschwerdeführer zu zahlende Gesamtbetrag auf € 1.760,00 beläuft. Schlussendlich wurde dem Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Bescheid auch der Ersatz der Kosten des Strafverfahrens nach Paragraph 64, Absatz 2, VStG in Höhe von € 160,00 auferlegt, sodass sich der vom Beschwerdeführer zu zahlende Gesamtbetrag auf € 1.760,00 beläuft.

Die belangte Behörde kommt dabei im angefochtenen Straferkenntnis zum Ergebnis, der Beschwerdeführer hätte als Betriebsinhaber der X-alm in Ort1 am 10.09.2013 dadurch gewerbsmäßig unbefugt das Gewerbe „Gastgewerbe“ ausgeübt, indem er selbständig und in der Absicht einen Ertrag bzw. einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, am genannten Tag nicht in Flaschen abgefüllte, ortsübliche Getränke, welche in Spruchpunkt 1. näher aufgezählt werden, verabreicht hätte, obwohl der Beschwerdeführer nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Berechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes gewesen wäre.

Darüber hinaus hätte der Beschwerdeführer durch die vor angeführte Handlung am 10.09.2013 das Gastgewerbe ohne die hierzu erforderliche Betriebsanlagengenehmigung gewerbsmäßig betrieben, obwohl es sich dabei um eine gemäß § 74 Abs 1 und Abs 2 Ziffer 1 GewO 1994 genehmigungspflichtige Betriebsanlage gehandelt hätte, welche geeignet gewesen wäre, das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden und der weiters unter Punkt 2. genannten Personen sowie das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden. Darüber hinaus hätte der Beschwerdeführer durch die vor angeführte Handlung am 10.09.2013 das Gastgewerbe ohne die hierzu erforderliche Betriebsanlagengenehmigung gewerbsmäßig betrieben, obwohl es sich dabei um eine gemäß Paragraph

74, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 1 GewO 1994 genehmigungspflichtige Betriebsanlage gehandelt hätte, welche geeignet gewesen wäre, das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden und der weiters unter Punkt 2. genannten Personen sowie das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden.

Begründend führt die belangte Behörde aus, dass die angeführte Verwaltungsübertretung im Zuge einer am 10.09.2013 durchgeführten Kontrolle festgestellt worden wäre und der belangten Behörde zur Anzeige gebracht worden wäre.

Die belangte Behörde würde entgegen den Ausführungen des Beschuldigten aber nicht davon ausgehen, dass der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 anzuwenden wäre. Das Umleeren einer Flasche in ein Glas würde von der belangten Behörde nicht unter den Tatbestand des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 subsumiert. Die belangte Behörde würde entgegen den Ausführungen des Beschuldigten aber nicht davon ausgehen, dass der Ausnahmetatbestand des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 anzuwenden wäre. Das Umleeren einer Flasche in ein Glas würde von der belangten Behörde nicht unter den Tatbestand des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 subsumiert.

Wie der Beschwerdeführer das Wort „Ausschank“ verstehen würde, würde sich als nicht nachvollziehbar darstellen, weil im allgemeinen Sprachgebrauch mit „Ausschank“ der Verkauf von Getränken gemeint wäre. Eine Auslegung wie sie vom Beschwerdeführer vorgenommen werden würde, würde die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 obsolet und absurd machen. Wie der Beschwerdeführer das Wort „Ausschank“ verstehen würde, würde sich als nicht nachvollziehbar darstellen, weil im allgemeinen Sprachgebrauch mit „Ausschank“ der Verkauf von Getränken gemeint wäre. Eine Auslegung wie sie vom Beschwerdeführer vorgenommen werden würde, würde die Ausnahmebestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 obsolet und absurd machen.

Es würde sich somit ergeben, dass die Bestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 nur dahingehend verstanden werden könnte, dass nur Getränke verkauft werden dürften, die in Flaschen abgefüllt sind und auch in dieser Form dem Konsumenten übergeben würden. Es würde sich somit ergeben, dass die Bestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 nur dahingehend verstanden werden könnte, dass nur Getränke verkauft werden dürften, die in Flaschen abgefüllt sind und auch in dieser Form dem Konsumenten übergeben würden.

Außerdem wäre schon allein aus dem Grunde, dass regelmäßig Gäste im Betrieb aufhältig wären, eine Betriebsanlagengenehmigung dringend notwendig, um allfälliges, von der Betriebsanlage ausgehendes Gefahrenpotential zu erkennen und entsprechende Vorkehrungen treffen zu können.

Diesen Ausführungen der belangten Behörde ist Folgendes entgegen zu halten:

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass die von der belangten Behörde herangezogene Auslegung des Wortes „Ausschank“ dahingehend, wonach damit lediglich der Verkauf von Getränken gemeint wäre, unrichtig ist.

Diesbezüglich ist zunächst darauf zu verweisen, dass beispielsweise in der Gewerbeordnung selbst mehrfach der Begriff „Ausschank“ verwendet wird und sich aus der Verwendung dieses Begriffes entgegen den unzutreffenden Ausführungen der belangten Behörde ableiten lässt, dass auch das Umfüllen des Getränkes von einer Flasche in ein Glas vom Begriffsinhalt des Wortes Ausschank umfasst ist.

Beispielsweise wird in § 2 Abs 9 GewO 1994 festgehalten, dass unter Buschenschank im Sinne dieses Bundesgesetzes (Abs. 1 Z 5) der buschenschankmäßige „Ausschank“ von Wein und Obstwein, von Trauben- und Obstmost und von Trauben- und Obstsaft sowie von Selbstgebrannten geistigen Getränken durch Besitzer von Wein- und Obstgärten, soweit es sich um deren eigene Erzeugnisse handelt, zu verstehen ist; im Rahmen des Buschenschanks ist auch die Verabreichung von kalten Speisen und der „Ausschank“ von Mineralwasser und kohlensäurehaltigen Getränken zulässig, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass diese Tätigkeiten dem Herkommen im betreffenden Bundesland in Buschenschenken entsprechen. Beispielsweise wird in Paragraph 2, Absatz 9, GewO 1994 festgehalten, dass unter Buschenschank im Sinne dieses Bundesgesetzes (Absatz eins, Ziffer 5.) der buschenschankmäßige „Ausschank“ von Wein und Obstwein, von Trauben- und Obstmost und von Trauben- und Obstsaft sowie von Selbstgebrannten geistigen Getränken durch Besitzer von Wein- und Obstgärten, soweit es sich um deren eigene Erzeugnisse handelt, zu verstehen ist; im Rahmen des Buschenschanks ist auch die Verabreichung von kalten Speisen und der „Ausschank“ von Mineralwasser und kohlensäurehaltigen Getränken zulässig, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass diese Tätigkeiten dem Herkommen im betreffenden Bundesland in Buschenschenken entsprechen.

Anhand dieser Bestimmung in der Gewerbeordnung lässt sich bereits ableiten, dass vom Begriff „Ausschank“ auch das von der belangten Behörde in Abrede gestellte „Umfüllen“ eines Getränkes aus einer Flasche in ein Glas umfasst sein muss, weil in Buschenschanken regelmäßig Wein nicht (nur) in Flaschen verkauft wird, sondern tatsächlich in Gläsern.

Auch der Verweis in § 2 Abs 9 GewO 1994 auf die Selbstgebrannten geistigen Getränke, welche regelmäßig nicht in Flaschen, sondern in 2 bis max. 4 cl Gläsern ausgegeben werden, zeigt, dass die von der belangten Behörde vorgenommene Interpretation des Wortes „Ausschank“ unzutreffend ist. Auch der Verweis in Paragraph 2, Absatz 9, GewO 1994 auf die Selbstgebrannten geistigen Getränke, welche regelmäßig nicht in Flaschen, sondern in 2 bis max. 4 cl Gläsern ausgegeben werden, zeigt, dass die von der belangten Behörde vorgenommene Interpretation des Wortes „Ausschank“ unzutreffend ist.

Noch deutlicher wird das Begriffsverständnis der Gewerbeordnung im Zusammenhang mit § 111 GewO 1994, in welcher Bestimmung nebeneinander mehrfach der Verkauf wie auch der „Ausschank“ von in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten Getränken angeführt ist. Würde man dem Begriffsverständnis der belangten Behörde folgen, so wäre die Nennung des Ausschanks alternativ zum Verkauf durch den Gesetzgeber nicht erforderlich gewesen, wobei die wiederkehrende Anführung beider (unterschiedlicher) Begriffe vielmehr darauf schließen lässt, dass der Ausschank mehr darstellt als das bloße Übergeben bzw. Ausgeben von Getränken in Flaschen. Noch deutlicher wird das Begriffsverständnis der Gewerbeordnung im Zusammenhang mit Paragraph 111, GewO 1994, in welcher Bestimmung nebeneinander mehrfach der Verkauf wie auch der „Ausschank“ von in handelsüblich verschlossenen Gefäßen abgefüllten Getränken angeführt ist. Würde man dem Begriffsverständnis der belangten Behörde folgen, so wäre die Nennung des Ausschanks alternativ zum Verkauf durch den Gesetzgeber nicht erforderlich gewesen, wobei die wiederkehrende Anführung beider (unterschiedlicher) Begriffe vielmehr darauf schließen lässt, dass der Ausschank mehr darstellt als das bloße Übergeben bzw. Ausgeben von Getränken in Flaschen.

Aus § 111 GewO 1994 erhellt somit ebenfalls sehr eindrucksvoll, dass das von der belangten Behörde herangezogene Begriffsverständnis von „Ausschank“ unzutreffend ist. Aus Paragraph 111, GewO 1994 erhellt somit ebenfalls sehr eindrucksvoll, dass das von der belangten Behörde herangezogene Begriffsverständnis von „Ausschank“ unzutreffend ist.

Ungeachtet des Umstandes, dass sich bereits aus einer Gesamtbetrachtung der Verwendung des Begriffes „Ausschank“ in der Gewerbeordnung die Unrichtigkeit der Auslegung der belangten Behörde ergibt, würde das unzutreffende Begriffsverständnis der belangten Behörde auch zu einem merkwürdigen Ergebnis führen.

Im Rahmen der Almbewirtschaftung dürfte Literware in Flaschen ausgegeben werden, diese Literware dürfte aber nicht in beispielsweise zwei 0,5 Liter fassende Gläser umgefüllt werden. Worin der Sinn einer derartigen Interpretation bzw. überhaupt der Sinn einer derartigen Rechtsvorschrift liegen würde, ist nicht nachvollziehbar. Insbesondere ändert ein aus einer Literflasche in ein Glas umgefülltes Getränk nicht seine Zusammensetzung oder Beschaffenheit.

Insgesamt ergibt sich somit, dass die von der belangten Behörde vorgenommene Interpretation des Wortes „Ausschank“ unzutreffend ist und hat die belangte Behörde aufgrund dieser unzutreffenden Auslegung das angefochtene Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet.

Ebenso wenig kann aber - wie dies von der belangten Behörde angenommen wird - die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 auf „Flaschen“ beschränkt bleiben und ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht auch der Ausschank aus einem Tetra-Pak einem Ausschank aus Flaschen gleichzuhalten wäre. Dies insbesondere da § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 lediglich von Flaschen spricht und keine besondere Beschaffenheit dieser Flaschen anordnet. Worin nunmehr der tatsächliche Unterschied zwischen einem Tetra-Pak und einem auch nach der Auslegung der belangten Behörde zulässigen Ausschank - abgesehen von dem Umstand, dass die belangte Behörde den Begriff „Ausschank“ unrichtig interpretiert - aus Plastikflaschen liegt, erschließt sich dem Beschwerdeführer nicht. Ebenso wenig kann aber - wie dies von der belangten Behörde angenommen wird - die Ausnahmebestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 auf „Flaschen“ beschränkt bleiben und ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht auch der Ausschank aus einem Tetra-Pak einem Ausschank aus Flaschen gleichzuhalten wäre. Dies insbesondere da Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 lediglich von Flaschen spricht und keine besondere Beschaffenheit dieser Flaschen anordnet. Worin nunmehr der tatsächliche Unterschied zwischen einem Tetra-Pak und einem auch nach der Auslegung der belangten Behörde zulässigen Ausschank - abgesehen von dem Umstand, dass die belangte Behörde den Begriff „Ausschank“ unrichtig interpretiert - aus Plastikflaschen liegt, erschließt sich dem Beschwerdeführer nicht.

Für den Beschwerdeführer ist diesbezüglich kein Unterschied zwischen einem Tetra-Pak und einer Plastikflasche ersichtlich und werden beide Behältnisse den geforderten Hygienestandards gerecht. Gleiches gilt für sonstige handelsüblich verpackte Ware wie Teebeutel, ist doch auch durch deren Verpackung ein ausreichender Schutz, insbesondere unter hygienischen Gesichtspunkten gewährleistet.

Auch durch diese von der belangten Behörde vorgenommene, unzulässige Auslegung der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 hat die belangte Behörde das angefochtene Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet. Auch durch diese von der belangten Behörde vorgenommene, unzulässige Auslegung der Ausnahmebestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 hat die belangte Behörde das angefochtene Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet.

Was darüber hinaus den zu Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheid gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwurf anbelangt, der Beschwerdeführer hätte ein Gastgewerbe ausgeübt ohne über die erforderliche Betriebsanlagengenehmigung zu verfügen, so ist zunächst festzuhalten, dass mangels Vorliegen eines „Gastgewerbes“ auch keine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich war und daher auch die in Punkt 2. des angefochtenen Straferkenntnis enthaltene Verwaltungsübertretung tatsächlich vom Beschwerdeführer nicht begangen wurde.

Unabhängig davon, liegt aber die dem Beschwerdeführer angelastete Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 nicht vor, weil die Voraussetzungen für die Notwendigkeit einer Betriebsanlagengenehmigung nach § 74 GewO 1994 nicht gegeben sind. Unabhängig davon, liegt aber die dem Beschwerdeführer angelastete Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 nicht vor, weil die Voraussetzungen für die Notwendigkeit einer Betriebsanlagengenehmigung nach Paragraph 74, GewO 1994 nicht gegeben sind.

Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen gemäß § 94 GewO 1994 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, das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes 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, die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen, 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, die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist. Gewerbliche Betriebsanlagen dürfen gemäß Paragraph 94, GewO 1994 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, das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes unterliegenden mittätigen Familienangehörigen oder des nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes 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 Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 4, Litera g, angeführten Nutzungsrechte, die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen, 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, die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs an oder auf Straßen mit öffentlichem Verkehr wesentlich zu beeinträchtigen oder eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Diese Voraussetzungen bzw. Möglichkeiten der Gefährdung sind aber allesamt aufgrund der unter Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Tätigkeiten des Beschwerdeführers nicht gegeben, sodass der Beschwerdeführer - unabhängig von den vorstehenden Ausführungen und der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z

10 GewO 1994 - niemals für eine derartige Ausübung eine Betriebsanlagengenehmigung benötigen würde. Diese Voraussetzungen bzw. Möglichkeiten der Gefährdung sind aber allesamt aufgrund der unter Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Tätigkeiten des Beschwerdeführers nicht gegeben, sodass der Beschwerdeführer - unabhängig von den vorstehenden Ausführungen und der Ausnahmebestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 - niemals für eine derartige Ausübung eine Betriebsanlagengenehmigung benötigen würde.

Von der belangten Behörde wird dabei auch in keinsten Weise dargelegt, welche in § 74 GewO 1994 angeführte „Gefährdung“ nunmehr zu einer Genehmigungspflicht führen würde, sondern wird von der belangten Behörde lediglich eine nicht weiter substantiierte Begründung angeführt, wonach schon allein aus dem Grunde, dass regelmäßig Gäste im Betrieb aufhältig wären, eine Betriebsanlagengenehmigung dringend notwendig wäre ihm allfälliges, von der Betriebsanlage ausgehendes Gefahrenpotential zu erkennen und entsprechende Vorkehrungen treffen zu können. Von der belangten Behörde wird dabei auch in keinsten Weise dargelegt, welche in Paragraph 74, GewO 1994 angeführte „Gefährdung“ nunmehr zu einer Genehmigungspflicht führen würde, sondern wird von der belangten Behörde lediglich eine nicht weiter substantiierte Begründung angeführt, wonach schon allein aus dem Grunde, dass regelmäßig Gäste im Betrieb aufhältig wären, eine Betriebsanlagengenehmigung dringend notwendig wäre ihm allfälliges, von der Betriebsanlage ausgehendes Gefahrenpotential zu erkennen und entsprechende Vorkehrungen treffen zu können.

Welches Gefahrenpotential konkret im Sinne des § 74 GewO 1994 vorliegen würde, wird von der belangten Behörde nicht angeführt. Welches Gefahrenpotential konkret im Sinne des Paragraph 74, GewO 1994 vorliegen würde, wird von der belangten Behörde nicht angeführt.

Nachdem somit die belangte Behörde - ungeachtet des Umstandes, dass die unter Spruchpunkt 1. genannten Tätigkeiten des Beschwerdeführers unter § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 fallen - zu Unrecht vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 ausgeht, hat sie das angefochtene Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet. Nachdem somit die belangte Behörde - ungeachtet des Umstandes, dass die unter Spruchpunkt 1. genannten Tätigkeiten des Beschwerdeführers unter Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 fallen - zu Unrecht vom Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 ausgeht, hat sie das angefochtene Straferkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet.

Darüber hinaus liegt aber auch Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften vor.

Wie bereits dargelegt, wird die Annahme der belangten Behörde für die Genehmigungspflicht nach § 74 GewO 1994 nicht näher begründet, sodass das angefochtene Straferkenntnis an einem gravierenden Begründungsmangel leidet. Wie bereits dargelegt, wird die Annahme der belangten Behörde für die Genehmigungspflicht nach Paragraph 74, GewO 1994 nicht näher begründet, sodass das angefochtene Straferkenntnis an einem gravierenden Begründungsmangel leidet.

An dieser Stelle ist auch anzuführen, dass die belangte Behörde auch keinerlei wie auch immer geartetes Ermittlungsverfahren hinsichtlich des „Gefahrenpotentials“ durchgeführt hat und hätte die belangte Behörde bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens - beispielsweise durch eine Besichtigung an Ort und Stelle - jedenfalls erkennen können, dass eine Betriebsanlagengenehmigung keinesfalls erforderlich ist. Auch aus diesem Grunde liegt Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften vor.

Schlussendlich wurde vom Beschwerdeführer die Einvernahme des Beschwerdeführers wie auch die Durchführung eines Lokalaugenscheins zum Beweis dafür, dass ein Ausschank durch den Beschwerdeführer im Rahmen seiner Almwirtschaft erfolgt und der vom Beschwerdeführer durchgeführte Ausschank die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 erfüllt, beantragt. Über diesen Antrag hat die belangte Behörde nicht einmal entschieden bzw. wird im angefochtenen Straferkenntnis nicht einmal begründet, weshalb eine derartige Beweisaufnahme nicht erforderlich gewesen wäre. Schlussendlich wurde vom Beschwerdeführer die Einvernahme des Beschwerdeführers wie auch die Durchführung eines Lokalaugenscheins zum Beweis dafür, dass ein Ausschank durch den Beschwerdeführer im Rahmen seiner Almwirtschaft erfolgt und der vom Beschwerdeführer durchgeführte Ausschank die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 erfüllt, beantragt. Über diesen Antrag hat die belangte Behörde nicht einmal entschieden bzw. wird im angefochtenen Straferkenntnis nicht einmal begründet, weshalb eine derartige Beweisaufnahme nicht erforderlich gewesen wäre.



Hätte die belangte Behörde dem gegenüber den Lokalausweis durchgeführt, so wäre die belangte Behörde zum Ergebnis gekommen, dass der Ausschank des Beschwerdeführers im Rahmen seiner Almwirtschaft erfolgt und die Voraussetzungen des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 vorliegen. Überdies hätte die belangte Behörde auch feststellen können, dass unabhängig vom Vorliegen der Ausnahme des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 keinesfalls aus welchem Grunde auch immer eine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich wäre. Hätte die belangte Behörde dem gegenüber den Lokalausweis durchgeführt, so wäre die belangte Behörde zum Ergebnis gekommen, dass der Ausschank des Beschwerdeführers im Rahmen seiner Almwirtschaft erfolgt und die Voraussetzungen des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 vorliegen. Überdies hätte die belangte Behörde auch feststellen können, dass unabhängig vom Vorliegen der Ausnahme des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 keinesfalls aus welchem Grunde auch immer eine Betriebsanlagengenehmigung erforderlich wäre.

Nachdem die belangte Behörde all dies unterlassen hat, liegt neben der inhaltlichen Rechtswidrigkeit auch Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, sodass das angefochtene Straferkenntnis auch aus diesem Grunde ersatzlos zu beheben ist.

Unter einem werden vom Beschwerdeführer nachstehende

B E W E I S A N T R Ä G B E W E römisch eins S A N T R Ä G E

gestellt:

Die Durchführung eines Lokalausweises auf der X-alm zum Beweis dafür,

1. dass ein Ausschank durch den Beschwerdeführer im Rahmen seiner Almwirtschaft erfolgt und der vom Beschwerdeführer durchgeführte Ausschank die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 erfüllt sowie 1. dass ein Ausschank durch den Beschwerdeführer im Rahmen seiner Almwirtschaft erfolgt und der vom Beschwerdeführer durchgeführte Ausschank die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 erfüllt sowie

2. dass der Beschwerdeführer bzw. die von ihm vermeintlich betriebene Betriebsanlage keinesfalls einer Genehmigung im Sinne des § 74 GewO 1994 bedarf und der Beschwerdeführer sohin den Tatbestand des § 366 Abs 1 Z 2 GewO 1994 ungeachtet der übrigen tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung nicht verwirklicht hat. 2. dass der Beschwerdeführer bzw. die von ihm vermeintlich betriebene Betriebsanlage keinesfalls einer Genehmigung im Sinne des Paragraph 74, GewO 1994 bedarf und der Beschwerdeführer sohin den Tatbestand des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994 ungeachtet der übrigen tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung nicht verwirklicht hat.

Sollte das erkennende Gericht entgegen den vorstehenden Ausführungen zum Ergebnis kommen, dass der Beschwerdeführer die ihm angelasteten Verwaltungsübertretungen begangen hätte, was ausdrücklich bestritten wird, so wäre die von der belangten Behörde verhängte Strafe jedenfalls zu reduzieren. Wie die belangte Behörde zutreffend festgestellt hat, liegen keine Erschwerungsgründe vor.

Dem gegenüber wäre aber entgegen den unzutreffenden Annahmen der belangten Behörde als Milderungsgrund zu werten, dass der Beschwerdeführer den Ausschank grundsätzlich nicht in Abrede gestellt hat und wäre dieses Verhalten jedenfalls strafmildem zu berücksichtigen.

Da sich somit aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, dass der Beschwerdeführer tatsächlich die im angelasteten Verwaltungsübertretungen nicht begangen hat, stellt der Beschwerdeführer nachstehende

BESCHWERDEANTRÄGE:

1. Die belangte Behörde möge im Sinne einer Beschwerdeentscheidung nach § 14 VwGVG den angefochtene Bescheid ersatzlos beheben; 1. Die belangte Behörde möge im Sinne einer Beschwerdeentscheidung nach Paragraph 14, VwGVG den angefochtene Bescheid ersatzlos beheben;

in event:

2. Das Landesverwaltungsgericht Tirol möge eine mündliche Verhandlung durchführen und den angefochtene Bescheid der belangten Behörde nach Aufnahme der beantragten Beweise ersatzlos beheben;

in event:

3. Das Landesverwaltungsgericht Tirol möge eine mündliche Verhandlung durchführen und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, sodass die über den Beschwerdeführer verhängte Strafe herabgesetzt wird.“

Aus dem Erhebungsbericht der Bezirkshauptmannschaft vom 09.07.2013, ZI \*.\*-\*\*\*\*/\*\*/\*/\*, geht zusammengefasst hervor, dass am 08.07.2013 eine Kontrolle bei A in der Almwirtschaft in Ort1, X, durchgeführt wurde und dabei festgestellt wurde, dass diese Almwirtschaft seit Anfang Juni 2013 wieder betrieben wird. Es stehen im Gastraum ca 40 Verabreichungsplätze sowie auf der Terrasse ca 100 Verabreichungsplätze zur Verfügung. Es werden auf der Speise- bzw Getränkekarte zahlreiche verschiedene Speisen und Getränke, welche nicht aus eigener Erzeugung stammen, angeboten. A war während der Kontrolle nicht anwesend und konnte daher zum Sachverhalt nicht befragt werden. Aus dem Erhebungsbericht der Bezirkshauptmannschaft vom 09.07.2013, ZI \*.\*-\*\*\*\*/\*\*/\*/\*, geht zusammengefasst hervor, dass am 08.07.2013 eine Kontrolle bei A in der Almwirtschaft in Ort1, römisch zehn, durchgeführt wurde und dabei festgestellt wurde, dass diese Almwirtschaft seit Anfang Juni 2013 wieder betrieben wird. Es stehen im Gastraum ca 40 Verabreichungsplätze sowie auf der Terrasse ca 100 Verabreichungsplätze zur Verfügung. Es werden auf der Speise- bzw Getränkekarte zahlreiche verschiedene Speisen und Getränke, welche nicht aus eigener Erzeugung stammen, angeboten. A war während der Kontrolle nicht anwesend und konnte daher zum Sachverhalt nicht befragt werden.

Zum Vorbringen der Parteien wurde Beweis aufgenommen wie folgt:

Beweis wurde aufgenommen aufgrund der Einsichtnahme in den verwaltungsbehördlichen Akt und die dagegen erhobene Beschwerde, aufgrund der Einsichtnahme in den Auszug über die Verwaltungsvorstrafen des Beschwerdeführers, aufgrund der Einsichtnahme in die Gewerberegister betreffend den Beschwerdeführer sowie aufgrund der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 18.06.2014, bei welcher der Beschwerdeführer selbst einvernommen wurde.

Festgehalten wird in diesem Zusammenhang, dass die Akten \*\*\*\*\*/\*\*/\*\*\*\* (Spruchpunkt 2) und \*\*\*\*\*/\*\*/\*\*\*\* (Spruchpunkt 1) zur gemeinsamen Verhandlung, welche vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol durchgeführt wurde, verbunden wurden und zur Entscheidung wiederum getrennt wurden.

Aufgrund dieser Beweismittel steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt als erwiesen fest:

Der Beschwerdeführer ist Eigentümer des Gebäudes „Almwirtschaft X“ und weiters Eigentümer eines Teiles der die Alm umgebenden Liegenschaften. Mit dem Bau des Gebäudes Almwirtschaft X wurde vor ca 5 Jahren begonnen. Seit 3 Jahren steht die Almwirtschaft X in Bewirtschaftung. Die „Almwirtschaft X“ wird jedes Jahr von ca Mitte Mai bis Oktober betrieben. Im Winter wird vom Hotel Y in Ort1/Ort3 für Gäste, welche eine Schneeschuhwanderung durchführen möchten, die Terrasse der Alm zur Verfügung gestellt. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer des Gebäudes „Almwirtschaft X“ und weiters Eigentümer eines Teiles der die Alm umgebenden Liegenschaften. Mit dem Bau des Gebäudes Almwirtschaft römisch zehn wurde vor ca 5 Jahren begonnen. Seit 3 Jahren steht die Almwirtschaft römisch zehn in Bewirtschaftung. Die „Almwirtschaft X“ wird jedes Jahr von ca Mitte Mai bis Oktober betrieben. Im Winter wird vom Hotel Y in Ort1/Ort3 für Gäste, welche eine Schneeschuhwanderung durchführen möchten, die Terrasse der Alm zur Verfügung gestellt.

Die Almwirtschaft X-alm ist sieben Tage die Woche geöffnet und zwar von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr. Auf der X-alm sind, abhängig vom Gästeaufkommen, ein bis zwei Personen mit Kochen und Servieren beschäftigt und müssen bei Bedarf Familienmitglieder selbst auf der Almwirtschaft X-alm aushelfen. Wegen des Betriebes „Almwirtschaft X-alm“ muss ein Mitarbeiter mehr beschäftigt werden. In der letzten Saison war ein Umsatz von ca Euro 25.000,-- bis 26.000,-- gegeben, wobei der Beschwerdeführer einen Umsatz von ca Euro 35.000,-- anstrebt.

Der Beschwerdeführer betreibt das Hotel Y in Ort1/Ort3, Adresse2, und hat hierfür die erforderliche Gewerbeberechtigung.

Im Rahmen der Almwirtschaft X-alm werden diverse Speisen und Getränke angeboten, welche nicht ausschließlich durch Erzeugnisse der Almwirtschaft gewonnen werden. 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 Johannesbeersaft 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 wird Filterkaffee, handelsüblicher Tee sowie selbstproduzierter Tee angeboten. Weiters werden Wein und Rum ebenfalls angeboten.

Im Rahmen des Internetauftrittes des Hotels Y wird auch die Almwirtschaft X-alm beworben und wird den Gästen des Hotels Y die Mitbenützung der X-alm angeboten; dies um eine bessere Auslastung des Hotels zu erreichen. Die gesamte Aufmachung der Almwirtschaft X-alm, 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 X-alm deuten eindeutig auf einen gastgewerblichen Betrieb hin.

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

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, dass der vom Beschwerdeführer durchgeführte Ausschank die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs 4 Z 10 GewO erfüllen würde. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, dass der vom Beschwerdeführer 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 Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes (Abs 1 oder 2) die Verabreichung und das Ausschanken selbsterzeugter Produkte sowie von ortsüblichen, in Flaschen abgefüllten Getränken im Rahmen der Almbewirtschaftung, zu verstehen sind. Daher ist im Sinne des § 2 Abs 1 GewO dieses Bundesgesetz auf den Beschwerdeführer nicht anzuwenden. Aus Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO geht hervor, dass unter Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Sinne dieses Bundesgesetzes (Absatz eins, oder 2) die Verabreichung und das Ausschanken selbsterzeugter Produkte sowie von ortsüblichen, in Flaschen abgefüllten Getränken im Rahmen der Almbewirtschaftung, zu verstehen sind. Daher ist im Sinne des 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. Hierzu 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- bzw Bearbeitung bildet. 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. Hierzu 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- bzw Bearbeitung bildet. 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 Verarbeitung 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 einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gibt. Vielmehr ist eine organisatorische Verbundenheit 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 X-alm gebracht wird, um dort mitzuarbeiten. Weiters war, laut Aussage des Beschwerdeführers, der Umsatz zuletzt zwischen Euro 25.000,-- und Euro 26.000,-- und strebt der Beschwerdeführer selbst einen Umsatz von ca Euro 35.000,-- an. Das gesamte Erscheinungsbild der X-alm, die Werbung für die X-alm 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 der Anzahl der Busgäste, die zum Hotel ins Tal kommen. Die X-alm wird im Rahmen des Internetauftritts des Hotel Y beworben und an die Gäste des Hotel Y wird eine Mitversorgung auf der X-alm als Paket verkauft. Im Hotel beschäftigtes Personal kommt auf der Alm zum Einsatz und wegen der X-alm beschäftigt das Hotel einen Fixangestellten mehr. Das Konzept ist so gestaltet, dass den Gästen des Hotel Y die Mitbenützung der X-alm angeboten wird, um eine bessere Auslastung des Hotels zu erreichen. Die Inneneinrichtung des Almwirtschaftsgebäudes entspricht der eines Gasthauses und nicht der für Almen üblichen Schlichtheit.

Aus all diesen Gründen steht für das Landesverwaltungsgericht Tirol fest, dass die Verabreichung bzw der Ausschank nicht im Rahmen der Almbewirtschaftung sondern des Hotels Y in Ort3 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 lag kein Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 2 Abs 4 Z 10 GewO 1994 vor. Aus all diesen Gründen steht für das Landesverwaltungsgericht Tirol fest, dass die Verabreichung bzw der Ausschank nicht im Rahmen der Almbewirtschaftung sondern des Hotels Y in Ort3 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 lag kein Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO 1994 vor.

Der Beschwerdeführer ist jedoch mit seiner Beschwerde dennoch im Recht:

Dem Beschwerdeführer wird zu Spruchpunkt 1 zusammengefasst vorgeworfen, dass er als Betriebsinhaber der X- alm gewerbsmäßig unbefugt das Gewerbe „Gastgewerbe“ ausübt, obwohl er nicht im Besitze der hierfür erforderlichen Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Gastgewerbe“ gemäß § 94 Z 26 GewO ist. Dem Beschwerdeführer wird zu Spruchpunkt 1 zusammengefasst vorgeworfen, dass er als Betriebsinhaber der X- alm gewerbsmäßig unbefugt das Gewerbe „Gastgewerbe“ ausübt, obwohl er nicht im Besitze der hierfür erforderlichen Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Gastgewerbe“ gemäß Paragraph 94, Ziffer 26, GewO ist.

Aus dem Gewerberegisterauszug gehen diverse Gewerbeberechtigungen vor, welche der Beschwerdeführer inne hat. Eine davon ist die Gastgewerbeberechtigung für die Betriebsart Hotel.

Voraussetzung für das Vorliegen einer unbefugten Gewerbeausübung ist der Mangel jeglicher Gewerbeberechtigung für die Tätigkeit, die den Gegenstand der unbefugten Gewerbeausübung bilden soll. Der bloße Umstand, das die gewerbliche Tätigkeit nicht vom Standort aus betrieben wird, macht diese Tätigkeit nicht zu einer unbefugten (in

diesem Umstand kann allenfalls die Verletzung anderer gewerblicher Vorschriften gelegen sein); sie wird durch die bloße Nichtbeachtung der Vorschriften über die Gewerbeausübung nicht erfüllt.

Der Tatvorwurf, der Beschwerdeführer und Inhaber einer Gewerbeberechtigung für das Hotelgewerbe hätte diverse Getränke verabreicht, ohne dafür im Besitz einer Gewerbeberechtigung zu sein, entspricht daher nicht den Tatsachen.

Darüber hinaus erwähnt § 2 Abs 4 Z 10 GewO die Verabreichung und das Ausschanken selbsterzeugter Produkte sowie von ortsüblichen, in Flaschen abgefüllten Getränken im Rahmen der Almbewirtschaftung. Darüber hinaus erwähnt Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 10, GewO die Verabreichung und das Ausschanken selbsterzeugter Produkte sowie von ortsüblichen, in Flaschen abgefüllten Getränken im Rahmen der Almbewirtschaftung.

Diese Formulierung bedeutet nicht, dass diese Getränke in Flaschen dem Gast serviert bzw übergeben werden müssen, sondern, dass sie sich vor der Verabreichung bzw dem Ausschank in einer Flasche befunden haben und nicht etwa aus einer Schankanlage gezapft wurden. Damit ist von der Ausnahmebestimmung für das Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft auch der Ausschank von in Gläsern oder Bechern den Gästen übergebenen aus handelsüblichen Flaschen eingeschenkten ortsüblichen Getränken umfasst.

Früher war für solche Getränke das handelsübliche Gebinde fasst ausschließlich die Glasflasche. Diese Glasflaschen wurden im Handel in der Vergangenheit vielfach durch Kunststoffflaschen, Verbundkartongebinde und Leichtmetall Dosen ersetzt. Wenn der Beschwerdeführer Säfte aus Verbundkartonbehältnissen in die Gläser eingeschenkt hat, wurde damit zwar nicht dem Wortlaut des Gesetzes aber dessen Regelungszweck entsprochen.

Im Hinblick auf den Ausschank von Kaffee und Tee war zu prüfen, ob dieser ortsüblich ist, das heißt, dass diese in der betroffenen Region (hier: Ort4) üblicherweise ausgeschenkt werden, was eindeutig zu bejahen ist.

Die Erstbehörde hat dem Beschuldigten angelastet, dass er „dadurch“ gewerbsmäßig das Gastgewerbe betrieben habe, indem nicht in Flaschen abgefüllte ortsübliche Getränke verabreicht wurden. Wie bereits oben ausgeführt wurde, knüpft die Gewerbeausübung der X-alm an den Umstand, dass hier kein Nebengewerbe der Land- und Forstwirtschaft vorliegt, sondern eine organisatorische Verbundenheit mit dem Gastgewerbebetrieb Hotel Y gegeben ist, aber nicht an den Umstand, dass nicht in Flaschen abgefüllte ortsübliche Getränke an die Gäste verabreicht (übergeben) wurden. Somit bildet der Tatvorwurf keine Verwaltungsübertretung.

Insgesamt war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 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. 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 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.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Bettina Weißgatterer

(Richterin)

### **Schlagworte**

Kein Nebengewerbe da organisatorische Verbundenheit der Alm mit dem Gastgewerbebetrieb Hotel

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGTI:2014:LVwG.2014.28.1309.2

**Zuletzt aktualisiert am**

11.02.2015

**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](http://www.jusline.at)