

TE Lvwg Erkenntnis 2014/10/28 LVwG-2014/32/1526-9

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.10.2014

Entscheidungsdatum

28.10.2014

Index

50/01 Gewerbeordnung

Norm

GewO 1994 §81

GewO 1994 §76a

1. GewO 1994 § 81 heute
 2. GewO 1994 § 81 gültig ab 20.05.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2026
 3. GewO 1994 § 81 gültig von 18.07.2017 bis 19.05.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2017
 4. GewO 1994 § 81 gültig von 12.07.2013 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2013
 5. GewO 1994 § 81 gültig von 29.05.2013 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
 6. GewO 1994 § 81 gültig von 27.02.2008 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 7. GewO 1994 § 81 gültig von 01.12.2004 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 8. GewO 1994 § 81 gültig von 20.05.2003 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2003
 9. GewO 1994 § 81 gültig von 02.11.2002 bis 19.05.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 10. GewO 1994 § 81 gültig von 24.07.1997 bis 01.11.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 11. GewO 1994 § 81 gültig von 01.07.1997 bis 23.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 12. GewO 1994 § 81 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
1. GewO 1994 § 76a heute
 2. GewO 1994 § 76a gültig ab 23.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 130/2024
 3. GewO 1994 § 76a gültig von 04.08.2014 bis 22.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2014
 4. GewO 1994 § 76a gültig von 01.12.2012 bis 03.08.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 6/2012
 5. GewO 1994 § 76a gültig von 19.08.2010 bis 30.11.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seinen Richter Ing. Mag Herbert Peinstingl über die Beschwerde des Herrn A K, geboren am xx.xx.xxxx, vertreten durch Rechtsanwalt, Adresse, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt K vom 22. April 2014, ZI ****,

zu Recht erkannt:

1. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde nach der Maßgabe der nachfolgenden Spruchänderungen insofern Folge gegeben, als die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen auf 60 Stunden herabgesetzt wird. 1. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde nach der Maßgabe der nachfolgenden Spruchänderungen insofern Folge gegeben, als die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen auf 60 Stunden herabgesetzt wird.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) angeführte Tatzeit mit „am 19.07.2013“ wird dahingehend präzisiert, wonach diese lautet wie folgt: „am 19.07.2013 in der Zeit von 12.28 bis 12.30 Uhr“ Die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses bei der als erwiesen angenommenen Tat (Paragraph 44 a, Ziffer eins, VStG) angeführte Tatzeit mit „am 19.07.2013“ wird dahingehend präzisiert, wonach diese lautet wie folgt: „am 19.07.2013 in der Zeit von 12.28 bis 12.30 Uhr“

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wird am Ende der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG), nämlich nach der Wort- und Zeichenfolge „; eine solche Genehmigung der Änderung bzw. eine Genehmigung zum Betreiben der Betriebsanlage nach deren Änderung lag jedoch während des Anlastungszeitraumes nicht vor.“ wie folgt angefügt: Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wird am Ende der als erwiesen angenommenen Tat (Paragraph 44 a, Ziffer eins, VStG), nämlich nach der Wort- und Zeichenfolge „; eine solche Genehmigung der Änderung bzw. eine Genehmigung zum Betreiben der Betriebsanlage nach deren Änderung lag jedoch während des Anlastungszeitraumes nicht vor.“ wie folgt angefügt:

„Der Betrieb des Gastgartens war nicht gemäß § 76a Abs 3 GewO 1994 angezeigt. Der Gastgarten wurde auch nicht im Sinn des § 76a Abs 1 GewO 1994 betrieben, da keine dauerhaften Anschläge im Sinn des § 76a Abs 1 Z 3 GewO 1994 angebracht waren.“ „Der Betrieb des Gastgartens war nicht gemäß Paragraph 76 a, Absatz 3, GewO 1994 angezeigt. Der Gastgarten wurde auch nicht im Sinn des Paragraph 76 a, Absatz eins, GewO 1994 betrieben, da keine dauerhaften Anschläge im Sinn des Paragraph 76 a, Absatz eins, Ziffer 3, GewO 1994 angebracht waren.“

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

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

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt K vom 22. April 2014, ZI ****, wird dem nunmehrigen Beschwerdeführer wie folgt vorgeworfen:

„(Verstoß gegen die Gewerbeordnung, § 81 Abs. 1: Konsensloses Betreiben einer genehmigungspflichtig geänderten Betriebsanlage), (Verstoß gegen die Gewerbeordnung, Paragraph 81, Absatz eins :, Konsensloses Betreiben einer genehmigungspflichtig geänderten Betriebsanlage)

Gemäß § 74 Abs. 1 Gewerbeordnung, (GewO), ist unter einer gewerblichen Betriebsanlage jede örtliche gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist. Gemäß Paragraph 74, Absatz eins, Gewerbeordnung, (GewO), ist unter einer gewerblichen Betriebsanlage jede örtliche gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

Auf Grund der Gesetzeslage des § 81 Abs. 1, erster Satz, GewO, BGBl. Nr. 194/1994, bedarf in dem Falle, dass es zur

Wahrung der im § 74 Abs. 2 GewO umschriebenen Interessen erforderlich ist, auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung. Auf Grund der Gesetzeslage des Paragraph 81, Absatz eins,, erster Satz, GewO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994,, bedarf in dem Falle, dass es zur Wahrung der im Paragraph 74, Absatz 2, GewO umschriebenen Interessen erforderlich ist, auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt K (als Bezirksverwaltungsbehörde) vom 14.07.1995, ZI ****, wurde die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung für den Standort F H-Straße, erteilt. Das dortige Betreiben eines Gastgartens vor der Betriebsanlage war nicht Gegenstand dieser Betriebsanlagengenehmigungsbescheide.

Ihrerseits wurde als Inhaber der Betriebsanlage in F H-Straße, (Cafe-Bar I), zufolge Ihrer nachangeführten Verhaltensweise gegen § 81 Abs. 1 GewO verstoßen: Ihrerseits wurde als Inhaber der Betriebsanlage in F H-Straße, (Cafe-Bar römisch eins), zufolge Ihrer nachangeführten Verhaltensweise gegen Paragraph 81, Absatz eins, GewO verstoßen:

Sie haben die mit oben angeführten Genehmigungsbescheiden vom 14.07.1995 genehmigte gewerbliche Betriebsanlage in F H-Straße, (Cafe-Bar I), zumindest am 19.07.2013 im Zuge der Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Cafe-Restaurant in im Sinne des § 81 Abs. 1, erster Satz, GewO genehmigungspflichtig geänderten Art und Weise betrieben; diese genehmigungspflichtig geänderte Betreiben der dortigen Betriebsanlage wird in nachangeführten Umständen geblickt: Sie haben die mit oben angeführten Genehmigungsbescheiden vom 14.07.1995 genehmigte gewerbliche Betriebsanlage in F H-Straße, (Cafe-Bar römisch eins), zumindest am 19.07.2013 im Zuge der Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Cafe-Restaurant in im Sinne des Paragraph 81, Absatz eins,, erster Satz, GewO genehmigungspflichtig geänderten Art und Weise betrieben; diese genehmigungspflichtig geänderte Betreiben der dortigen Betriebsanlage wird in nachangeführten Umständen geblickt:

(Änderung: Gastgarten)

Wie bereits erwähnt, liegt eine Betriebsanlagengenehmigung zum Betreiben eines Gastgartens vor der Betriebsanlage in F H-Straße, nicht vor. Wie im Zuge der am 19.07.2013 erfolgten Kontrolle festgestellt wurde, wird vor der Betriebsanlage auf der F H-Straße ein Gastgarten mit jedenfalls 40 Verabreichungsplätze betrieben wird. Eine diesbezügliche Genehmigung über die erfolgte Änderung liegt jedoch nicht vor.

In Ansehung dessen, dass in unmittelbarer Nähe dieser Betriebsanlage andere Gewerbebetriebe und zum Zwecke des Bewohners genutzte Räumlichkeiten gelegen sind, war das Betreiben der Betriebsanlage in der zuvor beschriebenen (dem Genehmigungsbescheid gegenüber) geänderten Art und Weise (konkret) geeignet, bei den dortigen Nachbarn von der Unterhaltung der Gäste herrührende Lärmbelästigung hervorzurufen.

Zufolge dieser Gegebenheiten war das oben angelastete (konkretisierte) Betreiben dieser Betriebsanlage – unter dem Gesichtspunkt des § 81 Abs. 1 GewO – durch die bestehende Betriebsanlagengenehmigung nicht gedeckt. Ein gesetzeskonformes Betreiben dieser Betriebsanlage hätte daher die Genehmigung dieser Änderung im Sinne des § 81 Abs. 1 GewO zur Voraussetzung gehabt; eine solche Genehmigung der Änderung bzw. eine Genehmigung zum Betreiben der Betriebsanlage nach deren Änderung lag jedoch während des Anlastungszeitraumes nicht vor.“ Zufolge dieser Gegebenheiten war das oben angelastete (konkretisierte) Betreiben dieser Betriebsanlage – unter dem Gesichtspunkt des Paragraph 81, Absatz eins, GewO – durch die bestehende Betriebsanlagengenehmigung nicht gedeckt. Ein gesetzeskonformes Betreiben dieser Betriebsanlage hätte daher die Genehmigung dieser Änderung im Sinne des Paragraph 81, Absatz eins, GewO zur Voraussetzung gehabt; eine solche Genehmigung der Änderung bzw. eine Genehmigung zum Betreiben der Betriebsanlage nach deren Änderung lag jedoch während des Anlastungszeitraumes nicht vor.“

Dadurch habe der Beschuldigte eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 (zweiter Fall) iVm § 81 sowie des Weiteren iVm § 74 Abs 2 Z 2 GewO, BGBl. Nr. 194/1994, begangen. Dadurch habe der Beschuldigte eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, (zweiter Fall) in Verbindung mit Paragraph 81, sowie des Weiteren in Verbindung mit Paragraph 74, Absatz 2, Ziffer 2, GewO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994,, begangen.

Über den Beschuldigten wurde daher gemäß § 366 Abs 1 (Einleitungssatz) Gewerbeordnung 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 600 (Ersatzteilstrafe von 5 Tagen) verhängt. Über den Beschuldigten wurde daher gemäß Paragraph 366, Absatz eins, (Einleitungssatz) Gewerbeordnung 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 600 (Ersatzteilstrafe

von 5 Tagen) verhängt.

Zudem wurde ein Beitrag zu den behördlichen Verfahrenskosten festgesetzt.

Dagegen hat der rechtsfreundlich vertretene Beschuldigte rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Tirol erhoben und darin wie folgt ausgeführt:

„Beschwerde

an das Landesverwaltungsgericht für Tirol.

Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er betreibe einen Gastgarten ohne Bewilligung in der F H-Straße (Cafe-Bar I). Dies sei am 19.07.2013 im Zuge eines Lokalausweises festgestellt worden. Die vorliegende Betriebsanlagengenehmigung bezieht sich nur auf das Lokal, jedoch nicht auf den Gastgarten. Der Beschwerdeführer habe daher eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Zi. 3 iVm § 81 sowie des weiteren iVm § 74 Abs. 2 Zi. 2 GewO begangen. Die Behörde 1. Instanz hat eine Geldstrafe von € 600,- zzgl. Verfahrenskosten von € 60,- verhängt. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er betreibe einen Gastgarten ohne Bewilligung in der F H-Straße (Cafe-Bar römisch eins). Dies sei am 19.07.2013 im Zuge eines Lokalausweises festgestellt worden. Die vorliegende Betriebsanlagengenehmigung bezieht sich nur auf das Lokal, jedoch nicht auf den Gastgarten. Der Beschwerdeführer habe daher eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Zi. 3 in Verbindung mit Paragraph 81, sowie des weiteren in Verbindung mit Paragraph 74, Absatz 2, Zi. 2 GewO begangen. Die Behörde 1. Instanz hat eine Geldstrafe von € 600,- zzgl. Verfahrenskosten von € 60,- verhängt.

Es liegt keine Verwaltungsübertretung vor.

Durch das angefochtene Straferkenntnis erachtet sich der Beschwerdeführer in seinem subjektivöffentlichen Recht, auf Nichtbestrafung verletzt, da er die Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

Das Straferkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes angefochten. Dazu bringt der Beschwerdeführer vor wie folgt:

a) subjektive Tatseite:

Er hat das Lokal im Jahr 1999 übernommen und von der Eigentümerin gepachtet. Zu diesem

Zeitpunkt wurde bereits seit 8 Jahren ein Gastgarten in der F H-Straße betrieben. Auch alle übrigen Cafes und Lokale in der F H-Straße betreiben in den Sommermonaten einen derartigen Gastgarten.

Dem Beschwerdeführer war zu keinem Zeitpunkt bekannt, dass sich die Betriebsanlagengenehmigung ausschließlich auf das Lokal bezieht und nicht auf den Gastgarten. Aufgrund der langjährigen Ausübung - über 22 Jahre - konnte der Beschwerdeführer davon ausgehen, dass eine derartige Genehmigung vorliegt bzw. die Stadt den kleinen Gastgartenbetrieb duldet. Dieser Eindruck wurde noch dadurch verstärkt, dass mit der Stadt jährlich Verhandlungen über die öffentliche Fläche bzw. über den Gastgartenbetrieb geführt wurden. Von Seiten des Straßenverkehrsamtes wurde der Gastgarten immer bewilligt. Weiters wurde ein entsprechender Mietvertrag mit der Stadt abgeschlossen. Auch das Aufstellen von Sonnenschirmen wurde genehmigt.

Der Beschwerdeführer konnte daher davon ausgehen, dass vor Abschluss des Mietvertrages mit der Stadt, die Behörde selbst die Betriebsanlagengenehmigung (im Haus) prüft. Ende Juli 2013 wurde schließlich der Beschwerdeführer erstmals damit konfrontiert, dass keine Betriebsanlagengenehmigung für den Gastgarten vorliegt. Die Überprüfung erfolgte, da der Beschwerdeführer von einem Nachbarn bei der Behörde angezeigt wurde. Daraufhin hat der Beschwerdeführer sofort eine Anzeige für den Gastgarten gem. § 76a GewO erstattet. Weiters wurde ein Antrag auf Betriebsanlagengenehmigung gem. § 74 Abs. 1 GewO eingebracht. Der Beschwerdeführer konnte daher davon ausgehen, dass vor Abschluss des Mietvertrages mit der Stadt, die Behörde selbst die Betriebsanlagengenehmigung (im Haus) prüft. Ende Juli 2013 wurde schließlich der Beschwerdeführer erstmals damit konfrontiert, dass keine Betriebsanlagengenehmigung für den Gastgarten vorliegt. Die Überprüfung erfolgte, da der Beschwerdeführer von einem Nachbarn bei der Behörde angezeigt wurde. Daraufhin hat der Beschwerdeführer sofort eine Anzeige für den Gastgarten gem. Paragraph 76 a, GewO erstattet. Weiters wurde ein Antrag auf Betriebsanlagengenehmigung gem. Paragraph 74, Absatz eins, GewO eingebracht.

Der Beschwerdeführer ist daher nach Bekanntwerden seiner Anzeigepflicht umgehend nachgekommen.

Dem Beschwerdeführer ist daher zusammengefasst die Übertretung subjektiv nicht vorzuwerfen, wenn selbst die Behörde über 22 Jahre diesen Mangel nicht erkannt hat.

b) objektive Tatseite

Der Beschwerdeführer hat jedoch auch objektiv den vorgeworfenen Tatbestand nicht erfüllt, da der Gastgarten gemäß § 76a GewO gar nicht genehmigungspflichtig ist. Der Beschwerdeführer erfüllt alle Voraussetzungen des § 76a Abs 1 GewO, sodass im gegenständlichen Fall keine Genehmigung (mehr) erforderlich ist. Der Beschwerdeführer hat jedoch auch objektiv den vorgeworfenen Tatbestand nicht erfüllt, da der Gastgarten gemäß Paragraph 76 a, GewO gar nicht genehmigungspflichtig ist. Der Beschwerdeführer erfüllt alle Voraussetzungen des Paragraph 76 a, Absatz eins, GewO, sodass im gegenständlichen Fall keine Genehmigung (mehr) erforderlich ist.

Der Beschwerdeführer wurde daher zu Unrecht gemäß § 366 Abs 1 Zi. 3 2. Fall bestraft, da diese Änderung der Betriebsanlage zumindest seit Einführung des § 76a GewO nicht mehr genehmigungspflichtig, sondern nur anzeigepflichtig ist. Dem Beschwerdeführer wurde erstmalig am 19.7.2013 eine Übertretung vorgeworfen. Zu diesem Zeitpunkt war § 76a GewO bereits in Kraft. § 366 Abs 1 GewO sieht keine Bestrafung für die Betreibung eines Gastgartens ohne Anzeige vor. Der Beschwerdeführer wurde daher zu Unrecht gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Zi. 3 2. Fall bestraft, da diese Änderung der Betriebsanlage zumindest seit Einführung des Paragraph 76 a, GewO nicht mehr genehmigungspflichtig, sondern nur anzeigepflichtig ist. Dem Beschwerdeführer wurde erstmalig am 19.7.2013 eine Übertretung vorgeworfen. Zu diesem Zeitpunkt war Paragraph 76 a, GewO bereits in Kraft. Paragraph 366, Absatz eins, GewO sieht keine Bestrafung für die Betreibung eines Gastgartens ohne Anzeige vor.

Der Anzeigepflicht ist der Beschwerdeführer nach Aufforderung unverzüglich nachgekommen.

An der genehmigten Betriebsanlage (Lokal) hat sich nichts geändert. Für den Gastgarten auf öffentlichen Flächen wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht vorgesehen.

Der Beschwerdeführer wurde daher zumindest nach der falschen Gesetzesstelle bestraft, sodass das Straferkenntnis zu beheben ist.

Es wird daher

beantragt,

1. eine mündliche Verhandlung durchzuführen;
2. das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt K vom 22.4.2014 zu Zl **** ersatzlos zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer einzustellen

in eventu

3. die Verwaltungsstrafe auf ein angemessenes Maß herabzusetzen.“

Es wurde am 2. Juli 2014 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, im Zuge derer der Beschuldigte als auch ein Zeuge einvernommen wurden.

Im Vorfeld zur fortgesetzten mündlichen Verhandlung hat der Zeuge mit der E-Mail vom 3. Juli 2014 auf verwaltungsgerichtliche Anfrage konkretisiert, dass der Lokalausweis, bei dem die gegenständliche Verwaltungsübertretung festgestellt wurde, am 19. Juli 2014 in der Zeit zwischen 10:28 Uhr und 10:35 Uhr durchgeführt wurde. Der Lokalausweis habe 2-4 Minuten gedauert.

Mit dem verwaltungsgerichtlichen Schreiben vom 8. Juli 2014 wurde dem rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer die Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 2. Juli 2014 übermittelt und zudem der Inhalt der E-Mail vom 3. Juli 2014 des vorgenannten Zeugen unter dem Aspekt einer Verfolgungshandlung (vgl die §§ 31 und 32 VStG) zur Kenntnis gebracht. Mit dem verwaltungsgerichtlichen Schreiben vom 8. Juli 2014 wurde dem rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer die Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 2. Juli 2014 übermittelt und zudem der Inhalt der E-Mail vom 3. Juli 2014 des vorgenannten Zeugen unter dem Aspekt einer Verfolgungshandlung vergleiche die Paragraphen 31 und 32 VStG) zur Kenntnis gebracht.

Mit der Eingabe vom 30. Juli 2014 führt der rechtsfreundlich vertretene Beschuldigte im Hinblick auf diese verwaltungsgerichtliche Anfrage und deren Beantwortung durch den Zeugen wie folgt aus:

„In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache erstattet der Beschwerdeführer zum Schreiben des Richters vom 08.07.2014 binnen offener Frist nachstehende

Stellungnahme

Die Verhandlung wurde am 02.07.2014 geschlossen. Das Gericht hat verkündet, dass die Entscheidung schriftlich ergehen wird. Wenn nunmehr der Zeuge Mag. R C nach der Verhandlung Ergänzungen zu seiner Einvernahme macht, ist dies in keiner Weise relevant für die Entscheidung des Gerichtes.

Auch im Verwaltungsstrafverfahren gilt, dass nach Schluss der Verhandlung keine weiteren Beweise mehr aufgenommen werden dürfen und auch für die Entscheidung nicht heranzuziehen sind und auch nicht zu beachten sind. Insofern hat die Aussage des Zeugen hinsichtlich der elektrotechnischen Zeiterfassung keine Relevanz.

Es wird daher

beantragt,

die nachträgliche Aussage des Zeugen in der Entscheidung nicht zu berücksichtigen.“

Die mündliche Verhandlung wurde am 21. August 2014 fortgesetzt. Im Zuge der fortgesetzten mündlichen Verhandlung wurden neuerlich der Beschuldigte sowie der vorgenannte Zeuge einvernommen.

II. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:römisch zwei. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:

Der Beschuldigte ist Inhaber des Gastgewerbes gemäß § 94 Z 26 GewO 1994 in der Betriebsart "Café-Restaurant" mit dem Berechtigungsumfang gemäß § 111 Abs 1 Z 2 leg cit im Standort F H-Straße. Der Beschuldigte ist Inhaber des Gastgewerbes gemäß Paragraph 94, Ziffer 26, GewO 1994 in der Betriebsart "Café-Restaurant" mit dem Berechtigungsumfang gemäß Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer 2, leg cit im Standort F H-Straße.

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem im behördlichen Akt einliegenden Auszug aus dem Zentralen Gewerberegister und werden vom Beschuldigten auch zu keiner Zeit bestritten.

Die gegenständliche Betriebsanlage im Standort F H-Straße wurde mit dem gewerbebehördlichen Bescheid vom 15. April 1991, ZI ****, erstgenehmigt und mit dem gewerbebehördlichen Bescheid vom 14. Juli 1995, ZI ****, geändert.

Der Verfahrensordnung iSd § 360 Abs 1 GewO 1994 des Bürgermeisters der Stadt K vom 17.7.2012 (richtig 2013) ist zu entnehmen, dass ein Gastgarten am gegenständlichen Standort gewerbebehördlich nicht genehmigt ist. Der Verfahrensordnung iSd Paragraph 360, Absatz eins, GewO 1994 des Bürgermeisters der Stadt K vom 17.7.2012 (richtig 2013) ist zu entnehmen, dass ein Gastgarten am gegenständlichen Standort gewerbebehördlich nicht genehmigt ist.

Der Leiter des Referates für Gewerberecht beim Stadtmagistrat K führte bei der mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2014 als Zeuge ua aus, dass Einschau genommen wurde in die Betriebsanlagengenehmigung und in den kompletten Akt. Weder den Plänen noch den Bescheiden konnte eine Genehmigung eines derartigen Gastgartens entnommen werden.

Wenn der Beschwerdeführer bei seiner Einvernahme im Zuge der mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2014 angibt, dass er aufgrund der Bestandverträge sowie der straßenbaurechtlichen Bewilligung, in denen mehrfach auf eine allenfalls erforderliche Betriebsanlagengenehmigung für den Gastgarten hingewiesen wird, es so verstanden habe, wonach für den Betrieb dieser Anlage eine Betriebsanlagengenehmigung vorhanden ist, so kann er damit das Bestehen einer gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung für den Gastgarten am Tattag, sohin am 19. Juli 2013, nicht unter Beweis stellen.

Aufgrund der dem behördlichen Akt einliegenden Änderungsgenehmigung vom 14. Juli 1995 und der Zeugenaussage des Leiters des Referates für Gewerberecht beim Stadtmagistrat K steht zweifelsfrei fest, dass eine behördliche Genehmigung für den gegenständlichen Gastgarten am 19.7.2013 nicht vorgelegen hatte.

In der gegenständlichen Betriebsanlage befand sich am 19. Juli 2017 von 12.28 bis 12.30 Uhr ein möblierter der Gastgarten auf öffentlicher Verkehrsfläche. In diesem Gastgarten sind Personen gegessen.

Der Zeuge, Leiter des Gewerbereferates beim Stadtmagistrat K, führte in seiner Aussage vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 2. Juli 2014 aus, dass er am 19.7.2013 wie folgt beobachtet habe:

„Auf etwa der von der Gemeinde K angemieteten Fläche war ein Gastgarten aufgestellt. Dieser Gastgarten umfasste zumindest 40 Verabreichungsplätze. Jedenfalls umfasste er 40 Verabreichungsplätze, da ich bei 40 aufgehört habe zu zählen.“

Auf Frage des Rechtsvertreters führt der Zeuge weiters aus, dass Gäste bereits da gesessen seien. Er könne aber nicht sagen, ob diese Gäste bereits etwas konsumiert haben.

Der Zeuge hatte auch nicht festgestellt, ob der Gastgarten bereits serviciert wurde.

Auf Frage des Verhandlungsleiters führte der Zeuge aus, dass zum Zeitpunkt der Kontrolle Gäste auf den Stühlen und Tischen im gegenständlichen Gastgarten gesessen seien. Der Aufbau des Gastgartens sei praktisch abgeschlossen gewesen. Er schätzte die Anzahl der Gäste auf Frage des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers mit 6. Der Zeuge führte weiters aus, dass es sich für ihn in diesem Zeitpunkt so dargestellt habe, dass die Errichtung des Gastgartens abgeschlossen gewesen sei. Er war somit wieder errichtet. Der Zeuge gab weiters an, dass es seiner Erinnerung nach kurz zuvor geregnet hatte.

Der Zeuge führte in der E-Mail vom 3. Juli 2014 aus, dass der Lokalausweis am Tag in der Zeit zwischen 12.28 Uhr und 12.35 Uhr durchgeführt wurde. In der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht am 21. August 2014 führte der Zeuge aus, dass der Lokalausweis zwischen 2 und 4 Minuten andauert hat.

Insofern steht die Tatzeit am 19.07.2013 zumindest in der Zeit zwischen 12.28 Uhr und 12.30 Uhr fest.

Auf weitere Frage des Rechtsvertreters des Beschuldigten führte der Zeuge aus, dass er das Betreiben des Gastgartens im Zuge seiner Kontrolle so festgestellt habe, wonach die Gastgartenfläche möbliert war und Personen im Gastgarten gesessen seien. Ein aktives Tun vom Gastwirt oder seinen Angestellten konnte er nicht feststellen. Insbesondere hat er nicht gesehen, dass Kellner zu den Gästen gegangen seien.

Auf Frage bei der fortgesetzten Verhandlung am 21. August 2014 durch den Verhandlungsleiter führte der Zeuge aus, dass die von ihm der in der letzten mündlichen Verhandlung beschriebene „Errichtung“ des Gastgartens so zu verstehen sei, wonach das Gastgartenmobiliar bereits innerhalb der durch Bodenmarkierung festgelegten Grenzen aufgestellt war. Weiters bestätigte er in dieser fortgesetzten mündlichen Verhandlung, dass er keinen Betrieb dahingehend festgestellt habe, wonach ein Kellner dort serviciert hätte bzw. Getränke auf dem Tisch gestanden seien. Er habe festgestellt, dass sich bereits einige Personen im Gastgarten befunden hätten und das Gastgartenmobiliar innerhalb der Bodenmarkierung aufgestellt war.

Zwar konnte der Zeuge nicht mit absoluter Sicherheit darlegen, dass dieser Gastgarten zu dem von ihm beobachteten Zeitpunkt erstmalig errichtet worden sei, doch führt er aus, dass er regelmäßig durch die Gemeinde gehe und es ihm aufgefallen wäre, wenn gerade dort kein Gastgarten betrieben worden wäre, wo Bodenmarkierungen einen solchen ausweisen.

Auf Frage teilte der Beschwerdeführer mit, dass er seit 1999 dort einen Gastgarten betreibt. Er führt weiters aus, dass keine merklichen Unterbrechungen des Gastgartenbetriebes vorliegen, schon gar nicht in Jahren gerechnet. Der Gastgarten werde seit 1999 von ihm betrieben.

Der Gastgarten liegt auf einen Teilabschnitt der FH-Straße. Diese in Mitten von K gelegene Fläche ist daher unzweifelhaft öffentliche Verkehrsfläche. Dieser Umstand wird auch zu keiner Zeit bestritten.

Der Betrieb des Gastgartens war geeignet, bei den dortigen Nachbarn durch Lärm zu belästigen, der seinen Ausgang in der Unterhaltung von Gästen hatte.

Für diese Feststellung kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf das menschliche Erfahrungsgut zurückgegriffen werden (vgl. VwGH 20.9.1994, 94/04/0068). Im Übrigen wird diese behördliche Feststellung zu keiner Zeit bestritten. Für diese Feststellung kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf das menschliche Erfahrungsgut zurückgegriffen werden vergleiche VwGH 20.9.1994, 94/04/0068). Im Übrigen wird diese behördliche Feststellung zu keiner Zeit bestritten.

Eine Anzeige nach § 76a Abs 3 GewO 1994 lag zur Tatzeit nicht vor. An den Zugängen zum gegenständlichen Gastgarten waren zum Zeitpunkt der Kontrolle keine Hinweise iSd § 76 Abs 1 Z 3 GewO 1994 angebracht. Eine Anzeige nach Paragraph 76 a, Absatz 3, GewO 1994 lag zur Tatzeit nicht vor. An den Zugängen zum gegenständlichen Gastgarten waren zum Zeitpunkt der Kontrolle keine Hinweise iSd Paragraph 76, Absatz eins, Ziffer 3, GewO 1994 angebracht.

Der Zeuge, welcher als Leiter des Referates Gewerberecht bei seiner Kontrolle gerade darauf geachtet hatte, inwieweit derartige Hinweise vorhanden waren, führte bei der mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2014 aus, dass es keine derartigen Hinweise beobachten konnte.

Erst als er später den Gastgarten im Hinblick auf die erstattete Anzeige nach § 76a Abs 1 GewO 1994 verhandelt habe, konnte er derartige Hinweise beobachten. Erst als er später den Gastgarten im Hinblick auf die erstattete Anzeige nach Paragraph 76 a, Absatz eins, GewO 1994 verhandelt habe, konnte er derartige Hinweise beobachten.

Im Übrigen führt die Beschwerde aus, dass eine Anzeige des Gastgartens gemäß § 76a GewO 1994 erst nach Ende Juli 2013 erfolgte. Im Übrigen führt die Beschwerde aus, dass eine Anzeige des Gastgartens gemäß Paragraph 76 a, GewO 1994 erst nach Ende Juli 2013 erfolgte.

Der Beschwerdeführer führte bei der mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2014 aus, dass er nicht weiß, ob derartige Hinweise am Tag angebracht gewesen sind.

Den Aussagen des Zeugen, der an beiden Verhandlungstagen einen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen hat, ist zu folgen. Der Zeuge müsste im Falle einer falschen Zeugenaussage mit justizstrafrechtlichen und/oder disziplinarrechtlichen Maßnahmen rechnen, während der Beschwerdeführer ohne Androhung derartiger Konsequenzen seine Sicht der Dinge dartun kann.

Seitens des Landesverwaltungsgerichtes Tirol besteht nicht der geringste Zweifel, dass die vom Zeugen geschilderten Schilderungen, insbesondere hinsichtlich des Aussehens des Gastgartens zur Tatzeit, nicht der Wahrheit entsprechen. Zudem ist gegenständlich festzuhalten, dass der Zeuge Leiter des Referates für Gewerbe und Betriebsanlagen beim Stadtmagistrat K ist, es daher auf der Hand liegt, dass er gerade jene Wahrnehmungen richtig wiedergeben kann, die im Hinblick auf den hier gegenständlichen Tatvorwurf, nämlich des Betreibens eines Gastgartens, von Relevanz sind.

Im Gegensatz dazu sind die Schilderungen des Beschwerdeführers lückenhaft bzw nicht konkret.

III. Wesentliche Rechtsgrundlagen: römisch drei. Wesentliche Rechtsgrundlagen:

1) Gewerbeordnung 1994:

§ 74 Paragraph 74

(1) Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist.

(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,

...

2. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen,

§ 76a Paragraph 76 a

(1) Für Gastgärten, die sich auf öffentlichem Grund befinden oder an öffentliche Verkehrsflächen angrenzen, ist für die Zeit von 8 bis 23 Uhr keine Genehmigung erforderlich, wenn

1. sie ausschließlich der Verabreichung von Speisen und dem Ausschank von Getränken dienen,

2. sie über nicht mehr als 75 Verabreichungsplätze verfügen,

3. in ihnen lauterer Sprechen als der übliche Gesprächston der Gäste, Singen und Musizieren vom Gastgewerbetreibenden untersagt ist und auf dieses Verbot hinweisende Anschläge dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind, und

4. auf Grund der geplanten Ausführung zu erwarten ist, dass die gemäß § 74 Abs. 2 wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind und Belastungen der Umwelt (§ 69a) vermieden werden; eine wesentliche Beeinträchtigung des Verkehrs im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 4 ist jedenfalls nicht zu erwarten, wenn der Gastgarten gemäß § 82 Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960, BGBl. Nr. 159/1960, in der jeweils geltenden Fassung, bewilligt ist. 4. auf Grund der geplanten Ausführung zu erwarten ist, dass die gemäß Paragraph 74, Absatz 2, wahrzunehmenden Interessen hinreichend geschützt sind und Belastungen der Umwelt (Paragraph 69 a,) vermieden werden; eine wesentliche Beeinträchtigung des Verkehrs im Sinne des Paragraph 74, Absatz 2, Ziffer 4, ist jedenfalls nicht zu erwarten, wenn der Gastgarten gemäß Paragraph 82, Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960, Bundesgesetzblatt Nr. 159 aus 1960,, in der jeweils geltenden Fassung, bewilligt ist.

...

1. (3) Absatz 3, Der Betrieb eines Gastgartens im Sinne des Abs. 1 oder des Abs. 2 ist der Behörde vorher anzuzeigen. Dieser Anzeige sind Unterlagen im Sinne des § 353 Z 1 lit. a bis lit. c in vierfacher Ausfertigung anzuschließen. Der Betrieb eines Gastgartens im Sinne des Absatz eins, oder des Absatz 2, ist der Behörde vorher anzuzeigen. Dieser Anzeige sind Unterlagen im Sinne des Paragraph 353, Ziffer eins, Litera a bis Litera c, in vierfacher Ausfertigung anzuschließen.

...

§ 77 Paragraph 77

(1) Die Betriebsanlage ist zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik (§ 71a) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, daß überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 1 vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Z 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden. Die nach dem ersten Satz vorzuschreibenden Auflagen haben erforderlichenfalls auch Maßnahmen für den Fall der Unterbrechung des Betriebes und der Auflassung der Anlage zu umfassen; die Behörde kann weiters zulassen, daß bestimmte Auflagen erst ab einem dem Zeitaufwand der hiefür erforderlichen Maßnahmen entsprechend festzulegenden Zeitpunkt nach Inbetriebnahme der Anlage oder von Teilen der Anlage eingehalten werden müssen, wenn dagegen keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen bestehen. (1) Die Betriebsanlage ist zu genehmigen, wenn nach dem Stand der Technik (Paragraph 71 a,) und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zu erwarten ist, daß überhaupt oder bei Einhaltung der erforderlichenfalls vorzuschreibenden bestimmten geeigneten Auflagen die nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbaren Gefährdungen im Sinne des Paragraph 74, Absatz 2, Ziffer eins, vermieden und Belästigungen, Beeinträchtigungen oder nachteilige Einwirkungen im Sinne des Paragraph 74, Absatz 2, Ziffer 2 bis 5 auf ein zumutbares Maß beschränkt werden. Die nach dem ersten Satz vorzuschreibenden Auflagen haben erforderlichenfalls auch Maßnahmen für den Fall der Unterbrechung des Betriebes und der Auflassung der Anlage zu umfassen; die Behörde kann weiters zulassen, daß bestimmte Auflagen erst ab einem dem Zeitaufwand der hiefür erforderlichen Maßnahmen entsprechend festzulegenden Zeitpunkt nach Inbetriebnahme der Anlage oder von Teilen der Anlage eingehalten werden müssen, wenn dagegen keine Bedenken vom Standpunkt des Schutzes der im Paragraph 74, Absatz 2, umschriebenen Interessen bestehen.

...

§ 81 Paragraph 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. (1) Wenn es zur Wahrung der im Paragraph 74, Absatz 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 Paragraph 74, Absatz 2, umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

...

§ 80 Paragraph 80

(1) Die Genehmigung der Betriebsanlage erlischt, wenn der Betrieb der Anlage nicht binnen fünf Jahren nach erteilter Genehmigung in zumindest einem für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teil der Anlage aufgenommen oder durch mehr als fünf Jahre in allen für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teilen der Anlage unterbrochen wird. Der Inhaber einer genehmigten Anlage, deren Betrieb gänzlich oder teilweise unterbrochen wird, hat die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um eine sich aus der Betriebsunterbrechung ergebende Gefährdung, Belästigung, Beeinträchtigung oder nachteilige Einwirkung im Sinne des § 74 Abs. 2 zu vermeiden. Er hat, soweit Abs. 2 nicht anderes bestimmt, die Betriebsunterbrechung und seine Vorkehrungen anlässlich der Betriebsunterbrechung der zur Genehmigung der Anlage zuständigen Behörde innerhalb eines Monats nach Eintritt der Betriebsunterbrechung anzuzeigen, wenn diese Unterbrechung zumindest einen für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teil der Anlage betrifft und voraussichtlich länger als ein Jahr dauern wird. Reichen die angezeigten Vorkehrungen nicht aus, um den Schutz der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen zu gewährleisten, oder hat der Inhaber der Anlage anlässlich der Betriebsunterbrechung die zur Erreichung dieses Schutzes notwendigen Vorkehrungen nicht oder nur unvollständig getroffen, so hat ihm die zur Genehmigung der Anlage zuständige Behörde die notwendigen Vorkehrungen mit Bescheid aufzutragen. Durch einen Wechsel in der Person des Inhabers der Anlage wird die Wirksamkeit dieses bescheidmäßigen Auftrages nicht berührt.

(1) Die Genehmigung der Betriebsanlage erlischt, wenn der Betrieb der Anlage nicht binnen fünf Jahren nach erteilter Genehmigung in zumindest einem für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teil der Anlage aufgenommen oder durch mehr als fünf Jahre in allen für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teilen der Anlage unterbrochen wird. Der Inhaber einer genehmigten Anlage, deren Betrieb gänzlich oder teilweise unterbrochen wird, hat die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um eine sich aus der Betriebsunterbrechung ergebende Gefährdung, Belästigung, Beeinträchtigung oder nachteilige Einwirkung im Sinne des Paragraph 74, Absatz 2, zu vermeiden. Er hat, soweit Absatz 2, nicht anderes bestimmt, die Betriebsunterbrechung und seine Vorkehrungen anlässlich der Betriebsunterbrechung der zur Genehmigung der Anlage zuständigen Behörde innerhalb eines Monats nach Eintritt der Betriebsunterbrechung anzuzeigen, wenn diese Unterbrechung zumindest einen für die Erfüllung des Anlagenzwecks wesentlichen Teil der Anlage betrifft und voraussichtlich länger als ein Jahr dauern wird. Reichen die angezeigten Vorkehrungen nicht aus, um den Schutz der im Paragraph 74, Absatz 2, umschriebenen Interessen zu gewährleisten, oder hat der Inhaber der Anlage anlässlich der Betriebsunterbrechung die zur Erreichung dieses Schutzes notwendigen Vorkehrungen nicht oder nur unvollständig getroffen, so hat ihm die zur Genehmigung der Anlage zuständige Behörde die notwendigen Vorkehrungen mit Bescheid aufzutragen. Durch einen Wechsel in der Person des Inhabers der Anlage wird die Wirksamkeit dieses bescheidmäßigen Auftrages nicht berührt.

...

§ 366 Paragraph 366

(1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3 600 € zu bestrafen ist, begeht, wer

....

2. eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (§ 74) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt;
2. eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage (Paragraph 74,) ohne die erforderliche Genehmigung errichtet oder betreibt;

3. eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (§§ 81f);
3. eine genehmigte Betriebsanlage ohne die erforderliche Genehmigung ändert oder nach der Änderung betreibt (Paragraphen 81 f.);

...“

2) Verwaltungsstrafgesetz 1990 (VStG):

§ 5 Paragraph 5

(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens

oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

...

§ 16 Paragraph 16

(1) Wird eine Geldstrafe verhängt, so ist zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

(2) Die Ersatzfreiheitsstrafe darf das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen. (2) Die Ersatzfreiheitsstrafe darf das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf Paragraph 12, nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen.

§ 19 Paragraph 19

(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind 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. (2) Im ordentlichen Verfahren (Paragraphen 40 bis 46) sind 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 Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

§ 31 Paragraph 31

(1) Die Verfolgung einer Person ist unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt. (1) Die Verfolgung einer Person ist unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (Paragraph 32, Absatz 2,) vorgenommen worden ist. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

...

§ 32 Paragraph 32

...

(2) Verfolgungshandlung ist jede von einer Behörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung (Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung, Strafverfügung u. dgl.), und zwar auch dann, wenn die Behörde zu dieser Amtshandlung nicht zuständig war, die Amtshandlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Beschuldigte davon keine Kenntnis erlangt hat.

...

§ 44a Paragraph 44 a

Der Spruch hat, wenn er nicht auf Einstellung lautet, zu enthalten:

1. die als erwiesen angenommene Tat;
2. die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist;
3. die verhängte Strafe und die angewendete Gesetzesbestimmung;
4. den etwaigen Ausspruch über privatrechtliche Ansprüche;
5. im Fall eines Straferkenntnisses die Entscheidung über die Kosten.

§ 64 Paragraph 64

(1) In jedem Straferkenntnis ist auszusprechen, daß der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

(2) Dieser Beitrag ist für das Verfahren erster Instanz mit 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat.

...“

3) Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG):

„§ 38

Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991,, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des römisch zwei. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, Bundesgesetzblatt Nr. 129 aus 1958,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

§ 50 Paragraph 50

Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden.“ Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG in der Sache selbst zu entscheiden.“

IV. Rechtliche Erwägungen: römisch vier. Rechtliche Erwägungen:

Gemäß den Strafbestimmungen gemäß § 366 Abs 1 Z 2 und 3 sind 4 Verwaltungsübertretungen denkbar: das Errichten einer Betriebsanlage, das Betreiben einer Betriebsanlage nach deren Errichtung, das Ändern einer Betriebsanlage und das Betreiben einer Betriebsanlage nach deren Änderung, jeweils ohne die dafür notwendige Genehmigung. Gemäß den Strafbestimmungen gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 2 und 3 sind 4 Verwaltungsübertretungen denkbar: das Errichten einer Betriebsanlage, das Betreiben einer Betriebsanlage nach deren Errichtung, das Ändern einer Betriebsanlage und das Betreiben einer Betriebsanlage nach deren Änderung, jeweils ohne die dafür notwendige Genehmigung.

Gegenständlich wird dem Beschwerdeführer als Inhaber der Gewerbeberechtigung im Standort der Betriebsanlage vorgeworfen, die gegenständliche Betriebsanlage nach der Änderung ohne die hierfür erforderliche Genehmigung zur Tatzeit betrieben zu haben, indem er einen Gastgarten konsenslos betrieben hat. Unzweifelhaft - die sich ergibt sich einerseits aus dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses bei der als erwiesen angenommenen Tat (vgl § 44a Z 1 VStG), andererseits aus angeführten verletzten Verwaltungsvorschriften (vgl § 44a Z 2 VStG) - wird dem Beschuldigten eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 (zweiter Fall) GewO 1994 vorgeworfen. Gegenständlich wird dem Beschwerdeführer als Inhaber der Gewerbeberechtigung im Standort der Betriebsanlage vorgeworfen, die

gegenständliche Betriebsanlage nach der Änderung ohne die hierfür erforderliche Genehmigung zur Tatzeit betrieben zu haben, indem er einen Gastgarten konsenslos betrieben hat. Unzweifelhaft - die sich ergibt sich einerseits aus dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses bei der als erwiesen angenommenen Tat vergleiche Paragraph 44 a, Ziffer eins, VStG), andererseits aus angeführten verletzten Verwaltungsvorschriften vergleiche Paragraph 44 a, Ziffer 2, VStG) - wird dem Beschuldigten eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, (zweiter Fall) GewO 1994 vorgeworfen.

Laut Aussage des Beschwerdeführers betreibt er mit einigen Unterbrechungen den gegenständlichen Gastgarten seit 1999. Eine Unterbrechung von mindestens fünf Jahren, die im Hinblick § 80 Abs 1 GewO 1994 relevant wäre, liegt daher nicht vor. Laut Aussage des Beschwerdeführers betreibt er mit einigen Unterbrechungen den gegenständlichen Gastgarten seit 1999. Eine Unterbrechung von mindestens fünf Jahren, die im Hinblick Paragraph 80, Absatz eins, GewO 1994 relevant wäre, liegt daher nicht vor.

Wie bereits ausgeführt, war die gegenständliche gastgewerbliche Betriebsanlage - mit Ausnahme des Gastgartens - gewerbebehördlich genehmigt. Insofern ist die Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass hier das Fehlen einer Änderungsgenehmigung iSd § 81 Abs 1 GewO 1994 beanstandet wird, da ein Gastgarten ohne Änderungsgenehmigung hinzugenommen wurde. Folgerichtig wurde daher eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 GewO 1994 vorgeworfen. Wie bereits ausgeführt, war die gegenständliche gastgewerbliche Betriebsanlage - mit Ausnahme des Gastgartens - gewerbebehördlich genehmigt. Insofern ist die Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass hier das Fehlen einer Änderungsgenehmigung iSd Paragraph 81, Absatz eins, GewO 1994 beanstandet wird, da ein Gastgarten ohne Änderungsgenehmigung hinzugenommen wurde. Folgerichtig wurde daher eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, GewO 1994 vorgeworfen.

Seitens der Behörde wurde auch richtig erkannt, dass hier nicht die Änderung der Betriebsanlage sondern der Betrieb der geänderten Betriebsanlage vorzuwerfen ist. Der Beschuldigte führt selbst aus, dass er den Gastgarten seit 1999 betreibt. Insofern hat der Beschuldigte mit der erstmaligen Errichtung dieses Gastgartens die gegenständliche Betriebsanlage geändert (vgl § 366 Abs 1 Z 3 (erster Fall)). Sofern das Gastgartenmobiliar täglich nach Ende der Öffnungszeit des Gastgartens oder aber auch bei einsetzendem Regen verräumt wird, kann im Wiederaufstellen dieses Mobiliars am nächsten Tag oder nach dem Regen nicht eine Änderung der Betriebsanlage erblickt werden. Vielmehr sind dies Handlungen, die der Gewerbetreibende im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeiten setzt, um den Gastgarten zu betreiben. Keinesfalls verhält es sich so, dass mit dem täglichen Wiedererrichten des Gastgartens jedes Mal eine Änderung iSd § 366 Abs 1 Z 3 (erster Fall) einhergeht. Beispielhaft sei angeführt, dass auch im Falle eines genehmigten mobilen Imbissstandes, der täglich am gleichen Standort aufgefahren wird, nicht jede tägliche Auffahrt einer Errichtung der Betriebsanlage gleichkommt. Vielmehr wird die Betriebsanlage mit dem erstmaligen Auffahren errichtet und in der Folge täglich betrieben. Die Behörde ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Betriebsanlage nach einer konsenslosen Änderung betrieben wurde. Seitens der Behörde wurde auch richtig erkannt, dass hier nicht die Änderung der Betriebsanlage sondern der Betrieb der geänderten Betriebsanlage vorzuwerfen ist. Der Beschuldigte führt selbst aus, dass er den Gastgarten seit 1999 betreibt. Insofern hat der Beschuldigte mit der erstmaligen Errichtung dieses Gastgartens die gegenständliche Betriebsanlage geändert vergleiche Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, (erster Fall)). Sofern das Gastgartenmobiliar täglich nach Ende der Öffnungszeit des Gastgartens oder aber auch bei einsetzendem Regen verräumt wird, kann im Wiederaufstellen dieses Mobiliars am nächsten Tag oder nach dem Regen nicht eine Änderung der Betriebsanlage erblickt werden. Vielmehr sind dies Handlungen, die der Gewerbetreibende im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeiten setzt, um den Gastgarten zu betreiben. Keinesfalls verhält es sich so, dass mit dem täglichen Wiedererrichten des Gastgartens jedes Mal eine Änderung iSd Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, (erster Fall) einhergeht. Beispielhaft sei angeführt, dass auch im Falle eines genehmigten mobilen Imbissstandes, der täglich am gleichen Standort aufgefahren wird, nicht jede tägliche Auffahrt einer Errichtung der Betriebsanlage gleichkommt. Vielmehr wird die Betriebsanlage mit dem erstmaligen Auffahren errichtet und in der Folge täglich betrieben. Die Behörde ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Betriebsanlage nach einer konsenslosen Änderung betrieben wurde.

Wenn vom rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer vorgebracht wird, dass der Gastgarten nicht betrieben wurde, so kann dem nicht beigeprpflichtet werden. Der Zeuge gab an, dass der Gastgarten möbliert war und sich Personen im Gastgarten aufgehalten haben. Er führt weiters aus, dass es für den Anschein hatte, als sei die Errichtung des Gastgartens abgeschlossen.

Auch wenn der Gastgarten zur Tatzeit (noch) nicht serviert wurde, so sind bereits Personen im Gastgarten gesessen. Ganz offensichtlich stand der Gastgarten gerade am Beginn seines Betriebes. Die Unterbrechung des Betriebes des Gastgartens bzw. die (erstmalige) Möblierung des Gastgartens an diesem Tag erfolgte deshalb kurz vor der Tatzeit, da es zuvor geregnet hatte. Insofern ist es leicht erklärbar, dass der Gastgarten erst zur Mittagszeit aufgestellt wurde. Dies ändert aber nichts daran, dass bereits Möbel im Gastgarten aufgestellt waren, auf denen Personen Platz genommen hatten. Deshalb wurde der Gastgarten zur Tatzeit bereits betrieben. Nachdem eine Änderungsgenehmigung iSd § 81 Abs 1 GewO 1994 nicht vorgelegen hatte, ist die Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass infolge des Betriebes des Gastgartens eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 (zweiter Fall) GewO 1994 begangen wurde. Auch wenn der Gastgarten zur Tatzeit (noch) nicht serviert wurde, so sind bereits Personen im Gastgarten gesessen. Ganz offensichtlich stand der Gastgarten gerade am Beginn seines Betriebes. Die Unterbrechung des Betriebes des Gastgartens bzw. die (erstmalige) Möblierung des Gastgartens an diesem Tag erfolgte deshalb kurz vor der Tatzeit, da es zuvor geregnet hatte. Insofern ist es leicht erklärbar, dass der Gastgarten erst zur Mittagszeit aufgestellt wurde. Dies ändert aber nichts daran, dass bereits Möbel im Gastgarten aufgestellt waren, auf denen Personen Platz genommen hatten. Deshalb wurde der Gastgarten zur Tatzeit bereits betrieben. Nachdem eine Änderungsgenehmigung iSd Paragraph 81, Absatz eins, GewO 1994 nicht vorgelegen hatte, ist die Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass infolge des Betriebes des Gastgartens eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, (zweiter Fall) GewO 1994 begangen wurde.

Der Beschwerdeführer kann sich nicht auch nicht erfolgreich darauf berufen, dass hier ein Gastgarten im Sinn des § 76a Abs 1 GewO 1994 gegeben war, der keiner Genehmigung bedurfte. Der Betrieb eines solchen Gastgartens hat nämlich ua zur Voraussetzung, dass hinweisende Anschläge im Sinn des § 76a Abs 1 Z 3 GewO 1994 dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind. Derartige Hinweise konnten vom Zeugen jedoch nicht beobachtet werden und konnte der Beschwerdeführer bei seiner Einvernahme das Vorhandensein dieser Hinweise nicht unter Beweis stellen. Der Beschwerdeführer kann sich nicht auch nicht erfolgreich darauf berufen, dass hier ein Gastgarten im Sinn des Paragraph 76 a, Absatz eins, GewO 1994 gegeben war, der keiner Genehmigung bedurfte. Der Betrieb eines solchen Gastgartens hat nämlich ua zur Voraussetzung, dass hinweisende Anschläge im Sinn des Paragraph 76 a, Absatz eins, Ziffer 3, GewO 1994 dauerhaft und von allen Zugängen zum Gastgarten deutlich erkennbar angebracht sind. Derartige Hinweise konnten vom Zeugen jedoch nicht beobachtet werden und konnte der Beschwerdeführer bei seiner Einvernahme das Vorhandensein dieser Hinweise nicht unter Beweis stellen.

Der Betrieb eines Gastgarten im Sinn des § 76a Abs 1 GewO 1994 hat somit zur Tatzeit nicht vorgelegen. Auch war lag zu dieser Zeit keine Anzeige iSd § 76a Abs 3 GewO 1994 vor. Der Betrieb eines Gastgarten im Sinn des Paragraph 76 a, Absatz eins, GewO 1994 hat somit zur Tatzeit nicht vorgelegen. Auch war lag zu dieser Zeit keine Anzeige iSd Paragraph 76 a, Absatz 3, GewO 1994 vor.

Zwar ist die Unterlassung der Anzeige iSd Abs 3 leg cit nach 367 Z 24a GewO 1994 strafbar, doch wurde gegenständlich ein Gastgarten betrieben, der die Voraussetzungen zu einer derartigen Anzeige nicht aufwies (hinweisende Anschläge iSd § 76a Abs 1 Z 3 GewO 1994 waren nicht angebracht). Deshalb liegt gegenständlich eine Verwaltungsübertretung nach

§ 366 Abs 1 Z 3 (zweiter Fall) vor. Zwar ist die Unterlassung der Anzeige iSd Absatz 3, leg cit nach 367 Ziffer 24 a, GewO 1994 strafbar, doch wurde gegenständlich ein Gastgarten betrieben, der die Voraussetzungen zu einer derartigen Anzeige nicht aufwies (hinweisende Anschläge iSd Paragraph 76 a, Absatz eins, Ziffer 3, GewO 1994 waren nicht angebracht). Deshalb liegt gegenständlich eine Verwaltungsübertretung nach , Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer 3, (zweiter Fall) vor.

Der Beschwerdeführer hat daher den objektiven Tatbestand der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung erfüllt.

Zur subjektiven Tatseite:

Verwaltungsgerichtlich wurde der Bestandvertrag zwischen der Gemeinde K und dem nunmehrigen Beschwerdeführer vom 6. Juni 2000 eingeholt. Inhaltlich räumt der Stadtsenat der Stadt K damit dem Beschwerdeführer das Bestandsrecht am städtischen Grundstück, welches planlich dargestellt ist, ein. Dem Vertrag ist weiters zu entnehmen, dass es sich dabei um eine Fläche zum Betrieb eines Gastgartens in der F H-Straße handelt. Unter Punkt „IV. Zweckwidmung, Verbot der Weitergabe“ ist wie folgt ausgeführt:

„...Beim gegenständlichen Bestandvertrag handelt es sich lediglich um die Zustimmung der Gemeinde K als

Grundeigentümerin. Der/die Bestandnehmer/in hat stets dafür Sorge zu tragen, dass alle für die Errichtung und den Betrieb des Gastgartens sonst noch erforderlichen Genehmigungen stets gegeben sind (zum Beispiel Bewilligung nach der Straßenverkehrsordnung und Betriebsanlagengenehmigung). Die Auflagen dieser Genehmigungen sind selbstverständlich einzuhalten...”

Dem Beschwerdeführer ist das Schreiben des Stadtmagistrates K, Liegenschaftsangelegenheiten, vom 28. Juni 2011 zugegangen, in dem auf sein Ansuchen um Erweiterung der Gastgartenfläche Bezug genommen wird. In diesem Schreiben ist angeführt, dass seinem Ansuchen zugestimmt und der Mietvertrag vom 12. April 2011 abgeändert wird. In diesem Schreiben ist ua ausdrücklich angeführt, dass der Mieter, sohin der Beschwerdeführer selbst alle erforderlichen Bewilligungen (Betriebsanlagengenehmigung, straßenrechtliche Genehmigung) zu erwirken hat.

Auch im Mietvertrag vom 28. März 2013 (Gemeinde K, Beschwerdeführer) wird unter dem Punkt „IX. Vorzeitige Vertragsauflösung“ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „Verstöße gegen die Betriebsanlagengenehmigung oder die Gewerbeordnung“ zu einer Auflösung des Mietverhältnisses führen können.

Der Beschwerdeführer räumt bei der mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2014 ein, Ende Juli 2000 Überprüfungen seines Betriebes durchgeführt zu haben, nicht jedoch im Umfang wie es § 82b GewO 1994 vorsieht. Der Beschwerdeführer räumt bei der mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2014 ein, Ende Juli 2000 Überprüfungen seines Betriebes durchgeführt zu haben, nicht jedoch im Umfang wie es Paragraph 82 b, GewO 1994 vorsieht.

Der Zeuge gibt hierzu an, dass aktenkundig die erste derartige Prüfung nach § 82b GewO 1994 vom 18.10.2013 datiert. Der Zeuge gibt hierzu an, dass aktenkundig die erste derartige Prüfung nach Paragraph 82 b, GewO 1994 vom 18.10.2013 datiert.

Die Schuldformen des Vorsatzes werden im VStG nicht definiert. Sie sind nach herrschender Auffassung besonders in dem von § 5 Strafgesetzbuch (StGB) umschriebenen Sinn zu verstehen (VwGH 15.05.1991, 90/10/0152):

„§ 5 (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet. Die Schuldformen des Vorsatzes werden im VStG nicht definiert. Sie sind nach herrschender Auffassung besonders in dem von Paragraph 5, Strafgesetzbuch (StGB) umschriebenen Sinn zu verstehen (VwGH 15.05.1991, 90/10/0152); „§ 5 (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

(...)“

Bedingter Vorsatz, dh, der für das Sich-Abfinden mit einer Verwirklichung eines gesetzmäßigen Tatbildes erforderliche positive Willensschluss des Täters im Sinne des § 5 Abs 1 StGB bedarf entsprechender Sachverhaltsfeststellungen durch die Behörde (vgl. VwGH 20.04.1998, 97/17/0179). Bedingter Vorsatz, dh, der für das Sich-Abfinden mit einer Verwirklichung eines gesetzmäßigen Tatbildes erforderliche positive Willensschluss des Täters im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, StGB bedarf entsprechender Sachverhaltsfeststellungen durch die Behörde vergleiche VwGH 20.04.1998, 97/17/0179).

In Ansehung der vorgenannten Umstände ist dazu davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt hat. Aufgrund der vorliegenden Mietverträge, in denen auf die erforderliche Betriebsanlagengenehmigungen Bezug genommen wird, hätte er zu überprüfen gehabt, ob der gegenständliche Gastgarten betriebsanlagenrechtlich genehmigt ist. Insbesondere bei Erfüllung der ihm zukommenden Verpflichtung zur Überprüfung iSd § 82b GewO 1994 hätte ihm auffallen müssen, dass eine derartige Genehmigung nicht vorliegt. In Ansehung der vorgenannten Umstände ist dazu davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt hat. Aufgrund der vorliegenden Mietverträge, in denen auf die erforderliche Betriebsanlagengenehmigungen Bezug genommen wird, hätte er zu überprüfen gehabt, ob der gegenständliche Gastgarten betriebsanlagenrechtlich genehmigt ist. Insbesondere bei Erfüllung der ihm zukommenden Verpflichtung zur Überprüfung iSd Paragraph 82 b, GewO 1994 hätte ihm auffallen müssen, dass eine derartige Genehmigung nicht vorliegt.

Insofern liegt zumindest bedingt vorsätzliche Tatbegehung vor.

Es sei noch erwähnt, dass es nach dem Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz dem Verwaltungsgericht unbenommen bleibt, das Beweisverfahren bis zur Erlassung einer Entscheidung (Erkenntnis, Beschluss) fortzusetzen (vgl VwSlg 16.087

A/2003). Es sei noch erwähnt, dass es nach dem Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz dem Verwaltungsgericht unbenommen bleibt, das Beweisverfahren bis zur Erlassung einer Entscheidung (Erkenntnis, Beschluss) fortzusetzen (vergleiche VwSlg 16.087 A/2003).

Strafbemessung:

Nach § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach Paragraph 19, Absatz eins, VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren 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. Nach Paragraph 19, Absatz 2, VStG sind im ordentlichen Verfahren 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 Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Beschuldigte führt ua bei der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol aus, dass er über ein monatliches Einkommen netto 14-mal jährlich von ca. 1300 – 1400 Euro verfügt. Dabei präzisierte er, dass dies den Gewinn darstellt. Der Lebensunterhalt wird von der Firma bestritten. Hinsichtlich der Vermögensverhältnisse führt er aus, dass auch Inhaber bzw. Besitzer eines Taxiunternehmens sei. Dabei wird ein Taxi und ein Mietauto betrieben. Er ist auch Besitzer von Wohnungen und habe entsprechende Schulden. Sorgepflichtig für fünf Kinder.

Nachdem der Lebensunterhalt von der Firma bezahlt wird und dem Beschwerdeführer sohin ein Gewinn von monatlich Euro 1300 - 1400 verbleibt, ist auch in Ansehung der Sorgepflicht für fünf Kinder von einer zumindest durchschnittlichen Einkommens- und Vermögenssituation des Beschwerdeführers auszugehen, zumal vermögensbildende Schulden nicht in Anrechnung gebracht werden können.

Als Verschuldensgrad ist - wie erwähnt - zumindest von bedingtem Vorsatz auszugehen.

Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sind nicht unerheblich. Im Hinblick auf die Schutzinteressen nach § 74 Abs 2 GewO 1994 ist es unerlässlich, dass eine entsprechende Änderungsgenehmigung vor Aufnahme des Betriebes einer geänderten Betriebsanlage vorliegt. Nur so kann den Schutzinteressen allenfalls durch Vorschreibung von Auflagen Rechnung getragen werden bzw. im Hinblick auf die Schutzinteressen die Änderung und nachfolgende Inbetriebnahme einer Betriebsanlage durch Versagung der Genehmigung verhindert werden. Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sind nicht unerheblich. Im Hinblick auf die Schutzinteressen nach Paragraph 74, Absatz 2, GewO 1994 ist es unerlässlich, dass eine entsprechende Änderungsgenehmigung vor Aufnahme des Betriebes einer geänderten Betriebsanlage vorliegt. Nur so kann den Schutzinteressen allenfalls durch Vorschreibung von Auflagen Rechnung getragen werden bzw. im Hinblick auf die Schutzinteressen die Änderung und nachfolgende Inbetriebnahme einer Betriebsanlage durch Versagung der Genehmigung verhindert werden.

Milderungsgründe sind auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht hervorgekommen. Insbesondere ist der Beschuldigte nicht unbescholten.

Auch wenn nunmehr ein Gastgarten im Sinn des § 76a Z 1 GewO 1994 vorliegt, so kann darin keinen Milderungsgrund erblickt werden. In der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes kann allenfalls das Fehlen eines Erschwerungsgrundes, nicht aber ein mildernder Umstand erblickt werden (VwGH 23.10.97, 97/07/0036). Auch wenn nunmehr ein Gastgarten im Sinn des Paragraph 76 a, Ziffer eins, GewO 1994 vorliegt, so kann darin keinen Milderungsgrund erblickt werden. In der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes kann allenfalls das Fehlen eines Erschwerungsgrundes, nicht aber ein mildernder Umstand erblickt werden (VwGH 23.10.97, 97/07/0036).

V. Ergebnis:römisch fünf. Ergebnis:

Unter Berücksichtigung all dieser Strafzumessungsgründe kann die verhängte Geldstrafe in der Höhe von Euro 600,-- keinesfalls als überhöht angesehen werden, zumal damit der gesetzliche Strafraum (bis zu Euro 3600,--) zu lediglich ca 17 % ausgeschöpft wird. Damit wird insbesondere der zumindest bedingt vorsätzlichen Tatbegehung Rechnung getragen.

Eine Bestrafung in dieser Höhe ist schon generalpräventiven Gründen jedenfalls geboten, um auch anderen Inhabern von Betriebsanlagen das besondere Gewicht der betreffenden Verwaltungsvorschriften aufzuzeigen.

Durch das Landesverwaltungsgericht Tirol hatte jedoch eine Neubemessung der Ersatzteilstrafe zu erfolgen, da diese im Verhältnis zur verhängten Geldstrafe und deren Strafraum zum Rahmen der Ersatzteilstrafe von 2 Wochen (vgl 16 Abs 2 VStG) zu hoch bemessen war. Durch das Landesverwaltungsgericht Tirol hatte jedoch eine Neubemessung der Ersatzteilstrafe zu erfolgen, da diese im Verhältnis zur verhängten Geldstrafe und deren Strafraum zum Rahmen der Ersatzteilstrafe von 2 Wochen (vergleiche 16 Absatz 2, VStG) zu hoch bemessen war.

Der Zeuge führte in der E-Mail vom 3. Juli 2014 aus, dass der Lokalausweis am Tag in der Zeit zwischen 12.28 Uhr und 12.35 Uhr durchgeführt wurde. Dies wurde dem rechtsfreundlich vertretenen Beschuldigten auch innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist von einem Jahr zur Kenntnis gebracht. In der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht am 21. August 2014 führte der Zeuge aus, dass der Lokalausweis zwischen 2 und 4 Minuten andauerte. Insofern steht fest, dass der Beschuldigte zumindest im Zeitraum zwischen 12.28 Uhr und 12.30 Uhr die gegenständliche Verwaltungsübertretung begangen hat.

Im angefochtenen Straferkenntnis ist die Tatzeit mit 19.7.2013 angeführt. Dem Beschuldigten wird somit vorgeworfen, die Verwaltungsübertretung ganztagig verantworten zu müssen. Insofern stellt die verwaltungsgerichtlich erfolgte Präzisierung der Tatzeit eine Einschränkung dar und ist daher nach § 50 VwGVG zulässig. Im angefochtenen Straferkenntnis ist die Tatzeit mit 19.7.2013 angeführt. Dem Beschuldigten wird somit vorgeworfen, die Verwaltungsübertretung ganztagig verantworten zu müssen. Insofern stellt die verwaltungsgerichtlich erfolgte Präzisierung der Tatzeit eine Einschränkung dar und ist daher nach Paragraph 50, VwGVG zulässig.

Nachdem sich der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer auf die Ausnahme von der Genehmigungspflicht für den Betrieb des gegenständlichen Gastgartens berufen hat, indem er vorbringt, einen nicht der Genehmigungspflicht unterliegenden Gastgarten im Sinn des § 76a GewO 1994 betrieben zu haben, war bei der als erwiesen angenommenen Tat ein Hinweis aufzunehmen, dass zur Tatzeit weder die Anzeige eines genehmigungsfreien Gastgartens iSd § 76a Abs 3 GewO 1994 vorgelegen hatte noch dieser Gastgarten im Sinn des § 76a Abs 1 GewO 1994 betrieben wurde (vgl VwGH 30.9.1993, 93/18/0239). Nachdem sich der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer auf die Ausnahme von der Genehmigungspflicht für den Betrieb des gegenständlichen Gastgartens berufen hat, indem er vorbringt, einen nicht der Genehmigungspflicht unterliegenden Gastgarten im Sinn des Paragraph 76 a, GewO 1994 betrieben zu haben, war bei der als erwiesen angenommenen Tat ein Hinweis aufzunehmen, dass zur Tatzeit weder die Anzeige eines genehmigungsfreien Gastgartens iSd Paragraph 76 a, Absatz 3, GewO 1994 vorgelegen hatte noch dieser Gastgarten im Sinn des Paragraph 76 a, Absatz eins, GewO 1994 betrieben wurde (vergleiche VwGH 30.9.1993, 93/18/0239).

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:römisch sechs. 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

Ing. Mag. Herbert Peinstingl

(Richter)

Schlagworte

Gastgarten

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2014:LVwG.2014.32.1526.9

Zuletzt aktualisiert am

22.01.2015

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