

# TE UVS Tirol 2006/06/22 2006/22/1673-02

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.06.2006

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch das Mitglied Dr. Franz Triendl über die Berufung des Herrn I.S., geb. 25.04.1946, XY, XY, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 17.05.2006, SG-46-2006, gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit §§ 24 und 51 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wie folgt:

I.

Der Berufung zu Faktum I. des angefochtenen Straferkenntnisses wird insofern Folge gegeben, als gemäß § 21 VStG von der Verhängung einer Strafe abgesehen - und eine Ermahnung erteilt - wird.

II.

Der Berufung zu Faktum II. des angefochtenen Straferkenntnisses wird Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

## **Text**

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber nachfolgender Sachverhalt zur Last gelegt:

?I.

Sie haben während des Zeitraumes vom 01. Dezember 2005 bis einschließlich 01. Jänner 2006 im Standort XY, XY, gewerbsmäßig, dh selbständig, regelmäßig, und in der Absicht, einen wirtschaftlichen Ertrag zu erzielen an Gäste Speisen jeder Art verabreicht sowie Getränk ausgeschenkt, somit dort das Gastgewerbe in der Betriebsart "Restaurant" ausgeübt, ohne jedoch die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

II.

Sie haben in der Nacht vom 31. Dezember 2005 auf den 01. Jänner 2006 in der Kellerbar des D. im Standort XY, XY, gewerbsmäßig, d.h. selbständig, regelmäßig, und in der Absicht, einen wirtschaftlichen Ertrag zu erzielen an Gäste Getränke ausgeschenkt, somit dort das Gastgewerbe in der Betriebsart "Bar" ausgeübt, ohne jedoch die hierfür erforderlich Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.?

Dadurch habe der Beschuldigte je eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 iVm § 5 Abs 1 und § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994 begangen. Über diesen wurde daher gemäß § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 zu Faktum I. eine Geldstrafe von Euro 300,-, Ersatzfreiheitsstrafe 72 Stunden und zu Faktum II. eine Geldstrafe von Euro 200,-, Ersatzfreiheitsstrafe 48 Stunden , verhängt.

Gegen diese Entscheidung erhob der Beschuldigte rechtzeitig Berufung und brachte darin vor wie folgt:

Zu 1.

Ich bin mit den Gründen Ihrer Entscheidung nicht einverstanden, wie folgt:

Die Aufnahme der Tätigkeit für Gewerbebewerber die schon einen Befähigungsnachweis besitzen, in der Regel ab dem Tag der Anmeldung bei der Gewerbebehörde erfolgt und nicht ab dem Tag der Anmeldung und zusätzlich Erklärung. Diese Anmeldung habe ich mittels Post gesendet, dass eine Erklärung fehlt ist kein Grund um eine Straftat auszurufen. Straftat ist wenn man gegen das Gesetz mit Absicht eine Tat ausübt. In meiner Situation ist es nicht der Fall. Hätte ich diese Anmeldung händisch bei Ihnen ausgehändigt, würde diese Erklärung am gleichen Tag erfolgen. Ausschlaggebend ist somit das Datum der Anmeldung (29.11.06). Dass Sie mich über die fehlende Erklärung betreffend Gewerbeausschlussgründe erst am 03.01.06 mittels eines Schreibens informieren., ist kein Grund mich als Straftäter zu nennen. Tatsache ist es, dass ich alle Voraussetzungen erfülle, um ein Gastgewerbe zu betreiben. Ich habe bereits mit meiner Gewerbeberechtigung bis jetzt sechs verschiedene Betriebe übernommen, daher kann ich Ihnen 100 Prozent sichern, dass ich nicht die Absicht hätte, ohne Gewerbeberechtigung ein Betrieb zu betreiben.

Zu II

Ich habe kein Barbetrieb im D. und auch keine Absicht einen Barbetrieb zu betreiben. Ob meine Gäste Ihre Getränke im Speisesaal oder in der Pizzeria oder in der Trasse oder vor dem Haus oder hinten dem Haus oder im CD-Musikraum konsumieren wollen, bin ich als Gastwirt verpflichtet Ihren Wünschen nachzukommen. Silvesternacht gibt es nur ein Mal im Jahr und ich glaube es ist nicht illegal, dass die Gäste in dieser einmaligen Silvesternacht ihre Getränke konsumieren können, in welche Räumlichkeit Sie wollen. Ich betreibe eine Restaurant mit vielen Räumen und nicht anderes. Es gibt kein Barbetrieb im Haus, dass diese Räumlichkeiten von früheren Pächtern als Kellerbar genannt wurde ist mir ziemlich gleichgültig, da diese Räumlichkeit in meinen Augen einer Kellerbar nicht im geringsten entspricht. Wie kann man Getränke ausschenken, wenn keine Schankanlage vorhanden ist. Diese Räume sind nur für das Konzept "Restaurant" zu benützen.

Im 2. Paragraph 4 Absatz haben sie folgendes erwähnt, die nicht der Wahrheit entspricht. Und zwar? Da sich die Bar im Keller des von Herrn I. betriebenen Gasthofes befindet (es befindet sich keine Bar im Keller) und offensichtlich jederzeit entsprechend genutzt werden kann (diese Räumlichkeit wurde nur einmal - Silvesternacht als CD-Musikraum benutzt), ist zweifellos auf die Absicht der Wiederholung zu schließen (es besteht kein Zweifel, da diese Räumlichkeit einer Kellerbar nicht entspricht. Diese Räumlichkeit weist sehr viele Mängel um es als Kellerbar zu nennen.).

Ich bitte Sie neuerlich diese Angelegenheit zu überprüfen.?

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Akt sowie in Auszüge aus dem Zentralen Gewerbeverzeichnis sowie in den Gewerbeanmeldungsakt der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel ZI 2.0 B-6004/2.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

Sachverhalt:

Herr I. S. brachte mit 29.11.2005 bei der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel eine Gewerbeanmeldung mit dem

Gewerbewortlaut ?Gastgewerbe? für den Standort ?XY, XY?, ein. Dem Gewerbeanmeldungsakt liegt ein mit 30.11.2005 datierter Auszug aus dem Zentralen Gewerberegister bei. Diesem ist zu entnehmen, dass für den Berufungswerber eine Nachsichterteilung vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis in Bezug auf das Gastgewerbe gemäß § 142 Abs 1 Z 2-4 GewO 1994 in der Betriebsart Restaurant vorliegt. Dieser Auszug betraf (bereits) den gegenständlichen Standort. Diese Gewerbeberechtigung endigte am 27.02.2002. Neben dieser Gewerbeberechtigung verfügte der Berufungswerber bereits an unterschiedlichsten Standorten in Österreich über eine gleichlautende Gastgewerbeberechtigung. Im Zuge einer polizeilichen Amtshandlung am 01.01.2006 gegen 02.50 Uhr wurde seitens der einschreitenden Polizeibeamten eruiert, dass der Berufungswerber (so seine eigenen Angaben) den ?D.? in XY seit 01.12.2006 geöffnet habe. Weiters stellten die Beamten fest, dass die Kellerbar des D. geöffnet war.

In Bezug auf die Öffnung des D. wird dieser Sachverhalt vom Berufungswerber nicht bestritten. Was die Kellerbar betrifft, bringt er jedoch zusammenfassend vor, dass es nie seine Absicht war, in dieser Räumlichkeit das Gastgewerbe in der Betriebsart Bar auszuüben. Es handelte sich bei der Silvesternacht vielmehr um eine Ausnahmesituation.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) lauten wie folgt:

§ 5

(1) Soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden.

?

§ 111

(1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26) bedarf es für

?

2. die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

?

(5) Bei der Gewerbeanmeldung (§ 339) ist die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll. Änderungen der Betriebsart sind der Behörde anzuzeigen.

§ 339

(1) Wer ein Gewerbe ausüben will, hat die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.

(2) Die Anmeldung hat die genaue Bezeichnung des Gewerbes und des für die Ausübung in Aussicht genommenen Standortes zu enthalten. ?

(3) Der Anmeldung sind folgende Belege anzuschließen:

1. Urkunden, die dem Nachweis über Vor- und Familiennamen der Person, ihre Wohnung, ihr Alter und ihre Staatsangehörigkeit dienen,

2. falls ein Befähigungsnachweis für das betreffende Gewerbe vorgeschrieben ist, die entsprechenden Belege, im Fall des § 16 Abs 1 zweiter Satz die Anzeige der erfolgten Bestellung eines Geschäftsführers und

3. ein Auszug aus dem Firmenbuch, der nicht älter als sechs Monate sein darf, falls eine juristische Person oder eine eingetragene Erwerbsgesellschaft die Anmeldung erstattet und der Anmelder den Firmenbuchauszug nicht bei der Behörde gemäß § 365g einholt.

(4) Die Anmeldung und die der Anmeldung anzuschließenden Belege können mit Telefax, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise eingebracht werden. Hat die Behörde Zweifel an der Echtheit der angeschlossenen Belege, kann sie den Einschreiter auffordern, die Urkunden im Original vorzulegen. Eine solche Urkunde gilt erst als eingelangt, wenn sie im Original vorliegt. Der Anmelder ist von der Beibringung der Belege entbunden, wenn

1. die betreffenden Daten bereits im Gewerbeverzeichnis eingetragen sind oder
2. sich die Gewerbebehörde über die betreffenden Daten durch automationsunterstützte Abfrage gemäß § 365a Abs 5 Kenntnis verschaffen kann.

#### § 340

(1) Auf Grund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs 1) hat die Behörde zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen. Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes vor und hat die Anmeldung nicht ein in Abs 2 genanntes Gewerbe zum Gegenstand, so hat die Behörde den Anmelder längstens binnen drei Monaten in das Gewerbeverzeichnis einzutragen und durch Übermittlung eines Auszugs aus dem Gewerbeverzeichnis von der Eintragung zu verständigen. Als Tag der Gewerbebeanmeldung gilt jener Tag, an welchem alle erforderlichen Nachweise (§ 339 Abs 3) bei der Behörde eingelangt sind und die allenfalls erforderliche Feststellung der individuellen Befähigung gemäß § 19 rechtswirksam erfolgt ist.

(2) Hat die Anmeldung ein im § 95 genanntes Gewerbe oder das Rauchfangkehrergewerbe (§ 94 Z 55) zum Gegenstand, so hat die Behörde über das Ergebnis ihrer Feststellungen längstens binnen drei Monaten einen Bescheid zu erlassen. Erwächst der Bescheid, mit dem festgestellt wurde, dass die Voraussetzungen gemäß Abs 1 vorliegen, in Rechtskraft, so hat die Behörde den Anmelder umgehend in das Gewerbeverzeichnis einzutragen.

(3) Liegen die im Abs 1 genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs 1 Z 1 - dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.

#### § 366

(1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3600 Euro zu bestrafen ist, begeht, wer

1. ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben;

??

Zu Faktum I. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Den Ausführungen des Beschuldigten in der Berufung (zu Punkt I.) ist insofern zu entgegnen, dass die von ihm unter Verweis auf § 5 Abs 1 GewO 1994 geführte Argumentation, er hätte das gegenständliche Gewerbe bereits mit der Anmeldung bei der Gewerbebehörde ausüben dürfen, ins Leere geht, zumal dies nur in jenen Fällen zutrifft, in denen sowohl die materiellen (zB Vorliegen der entsprechenden Befähigung) als auch die formellen (alle notwendigen Angaben und Belege) Voraussetzungen einer Gewerbebeanmeldung vorliegen. Nach § 111 Abs 5 GewO 1994 ist bei der Gewerbebeanmeldung eines Gastgewerbes jedenfalls auch die Betriebsart zu bezeichnen, in der das Gastgewerbe ausgeübt werden soll. Dies hat der Berufungswerber jedenfalls unterlassen. Er ist dieser Verpflichtung erst nach einem entsprechenden Hinweis der Gewerbebehörde (Schreiben vom 03.01.2006) nachgekommen. Der Berufungswerber hat daher jedenfalls den objektiven Tatbestand der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Die Berufungsbehörde geht jedoch gegenständlich von einer Anwendbarkeit des § 21 Abs 1 VStG aus.

Danach kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten

jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Der Beschuldigte erfüllt grundsätzlich alle Voraussetzungen für die Ausübung des Gastgewerbes. Er meldete das gegenständliche Gewerbe mit 29.11.2005 bei der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel an. Nach entsprechender Konkretisierung seiner Gewerbebeanmeldung mit Eingabe vom 09.01.2006 (nach Aufforderung vom 03.01.2006) wurde unverzüglich eine Eintragung in das Gewerbeverzeichnis mit dem Tag der Gewerbeentstehung 10.01.2006 durchgeführt. Die Gewerbebeanmeldung vom 29.11.2005 ist insofern unvollständig, als die Angabe der Betriebsart samt Berechtigungsumfang fehlte. Die Nachforderung der Behörde auch in Bezug auf Gewerbeausschlussgründe findet in den oben zitierten Gesetzesbestimmungen keine Deckung (vgl § 339 Abs 3 GewO 1994). Einem Vermerk im Gewerbebeanmeldungsakt vom 30.11.2005 ist überdies zu entnehmen, dass die Behörde bereits in Bezug auf die Insolvenzdatei und das Strafregister Ermittlungen durchgeführt hat. Weitergehende Informationen vom Gewerbebeanmelder unter Hinweis auf seine Mitwirkungspflicht, wie dies die Gewerbebehörde im Schreiben vom 14.06.2006 zum Ausdruck bringt, zu verlangen, ohne dass diesbezüglich konkrete Anhaltspunkte vorliegen, ist gesetzlich nicht gedeckt und würde auch eine unzulässige Umgehung der an und für sich angestrebten Vereinfachung der Anmeldeverfahren für den Rechtsunterworfenen darstellen. Mit dieser Argumentation könnte jede amtswegige Ermittlungspflicht, wie sie gerade in § 339 Abs 4 GewO 1994 zum Ausdruck gebracht wird, zu Lasten des Anmelders unterlaufen werden.

Wenngleich nicht davon gesprochen werden kann, dass hier etwa ein entschuldbarer Rechtsirrtum vorliegt und der Berufungswerber als gänzlich exkulpiert anzusehen ist, ist sein Verschulden im Lichte der obigen Ausführungen als gering anzusehen. Seine Gewerbebeanmeldung weist nur geringfügige formale Mängel auf, die überdies erst über einen Monat nach Gewerbebeanmeldung seitens der Gewerbebehörde gerügt wurden. Zumal der Berufungswerber auch inhaltlich über alle Voraussetzungen einer Gewerbeausübung verfügt hat (insbesondere die Befähigung zur Ausübung des gegenständlichen Gewerbes), sind auch die Folgen der Übertretung als unbedeutend anzusehen. Die Berufungsbehörde ist daher der Ansicht, dass im gegenständlichen Fall die Erteilung einer Ermahnung ausreicht, um den Beschuldigten in Zukunft von derart strafbaren Handlungen abzuhalten und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Faktum II. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Hier argumentiert die Behörde I. Instanz in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Regelmäßigkeit allein damit, es sei aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte im gegenständlichen Objekt ein Gastgewerbe in der Betriebsart Restaurant ausübe und sich die Räumlichkeit der Kellerbar in diesem Objekt befänden, zweifellos auf die Absicht der Wiederholung zu schließen.

Grundsätzlich vermag eine einmalige Tätigkeit das Kriterium der Regelmäßigkeit nicht zu erfüllen. Nach § 1 Abs 4 GewO 1994 gilt jedoch auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Dazu erklärt der Verwaltungsgerichtshof (vgl etwa VwGH 11.11.1998, 98/04/0050 uva), dass eine Absicht der Wiederholung dann angenommen werden kann, wenn die Begleitumstände einer einmaligen Handlung so geartet sind, dass aus ihnen geschlossen werden kann, es werde mit dieser einmaligen Handlung nicht sein Bewenden haben. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang insbesondere an solche Fälle, in denen etwa bereits entsprechende Einrichtungen geschaffen wurden (Anschaffung von typischen Werkzeugen, Einrichtung bestimmter Räumlichkeiten) oder sonstige Maßnahmen gesetzt wurden, die die Bereitschaft erkennen lassen, jede sich bietende Gelegenheit zur Ausübung der betreffenden Tätigkeit wahrzunehmen wie z.B. alle Arten von Werbeaktivitäten (vgl die Nachweis bei Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 2 (2003) § 1 Rz 25).

Der Schluss auf die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der unbefugten Gewerbeausübung in Ansehung des

Merkmale der Regelmäßigkeit muss jedoch verlässlich sein (vgl VwGH 29.01.1991, 88/04/0218). Diese Voraussetzung liegt gegenständlich nicht vor. Die vorgeworfene Gewerbeausübung erfolgte in einer Räumlichkeit des Gasthofes ?D.?. Der Berufungswerber bringt selbst bereits mit Eingabe vom 15.04.2006 vor, dass er in diesem Raum nicht die Absicht hat, einen Gewerbebetrieb in der Betriebsart ?Bar? zu etablieren. Auch in der Folge hat er für den gesamten Gasthof ? lediglich? die Betriebsart ?Restaurant? angemeldet. Überdies gilt zu berücksichtigen, dass nach § 4 Abs 2 der T-Sperrzeitenverordnung 1995 für die Nacht vom 31. Dezember zum 1. Jänner (Silvesternacht) von der Festsetzung einer Sperrzeit abgesehen wird. Der Berufungswerber hätte also zur vorgeworfenen Tatzeit (02.50 Uhr) auch mit der Gewerbeberechtigung ?Restaurant? Getränke ausschenken dürfen. Vor diesem Hintergrund steht keineswegs mit ausreichender Sicherheit fest, dass der Berufungswerber die Absicht hatte, auch an anderen Tagen in diesen Räumlichkeiten nach 02.00 Uhr Getränke auszuschänken und so das Gastgewerbe in der Betriebsart ?Bar? auszuüben und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Schlagworte**

Der, Beschuldigte, erfüllt, grundsätzlich, alle, Voraussetzungen, für, die, Ausübung, des, Gastgewerbes, Ermahnung

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2025 JUSLINE

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

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