

# TE UVS Tirol 2006/05/24 2006/26/2867-5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.05.2006

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Franz Schett über die Berufung der Frau E. R. D-B., vertreten durch die B. und A. Rechtsanwaltspartnerschaft, XY-Platz, I., gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck vom 05.10.2005, ZI II-STR-00659e/2004, betreffend Übertretungen nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit §§ 24, 51, 51c und 51e Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung wie folgt:

I.

Der Berufung gegen Faktum 1. des angefochtenen Straferkenntnisses wird Folge gegeben, das Straferkenntnis insoweit behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 3 VStG eingestellt.

II.

Der Berufung gegen Faktum 2. des angefochtenen Straferkenntnisses wird insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe in der Höhe von Euro 1.200,00 auf Euro 800,00, bei Uneinbringlichkeit 3 Tage Ersatzfreiheitsstrafe, herabgesetzt wird.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hinsichtlich dieses Faktums gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG mit Euro 80,00 neu festgesetzt.

Überdies wird der Spruch zu Faktum 2. wie folgt abgeändert:

1.

Bei der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) hat es im

6.

Absatz (?Durch Sie als Gewerbeausübende wurde in der Zeit vom ??) nunmehr wie folgt zu lauten:

?Durch Sie als Gewerbeausübende wurde in der Zeit vom 01.01.2001 bis 10.03.2004 eine auf den Gste XY und XY, beide KG W., bestehende gewerbliche Betriebsanlage, nämlich ein Parkplatz mit insgesamt 95 Stellplätzen, betrieben.?

2. Bei den durch die betreffende Tat verletzten Verwaltungsvorschriften (§ 44a Z 2 VStG) wird die Buchstaben- und Ziffernfolge sowie des weiteren in Verbindung mit § 370 Abs 2 GewO, BGBl Nr 194/1994, gestrichen.

### **Text**

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Innsbruck vom 05.10.2005, ZI II-STR-00659e/2004 wurde Frau E. R., D-B., nachfolgender Sachverhalt zur Last gelegt:

Faktum 1)

(Verstoß gegen die Gewerbeordnung, § 5 Abs 1: Unbefugte Ausübung eines sogenannten freien Gewerbes)

Gemäß § 5 Abs 1 Gewerbeordnung, (GewO), BGBl Nr 194/1994, dürfen - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen - Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und gegebenenfalls vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339 GewO) ausgeübt werden.

Gemäß § 4 Abs 1 Z 2 GewO unterliegt das Halten von Räumen und Flächen zum Abstellen von mehr 50 Kraftfahrzeugen von hausfremden Personen der Gewerbeordnung.

Durch Sie als Eigentümerin wurde auf den Grundparzellen XY und XY, KG W., auf einer Fläche von ca 2079 m<sup>2</sup>, im Hofbereich zwischen der XY-Str. und XY-Str. asphaltierte Abstellplätze für ca 93 Kraftfahrzeugen errichtet und sind diese Parkplätze von 1 - 93 durchnummeriert und mit Linien abgegrenzt.

Ihrerseits wurde zufolge deren nachgeführter Verhaltensweise gegen § 5 Abs 1 GewO verstoßen:

Durch Sie als Eigentümerin wurden im Standort Innsbruck, XY-Str., auf der obgenannten Örtlichkeit in der Zeit vom 10.03.1999 bis 10.03.2004 ca 70 Kraftfahrzeugabstellplätze an hausfremde Personen vermietet und somit während dieses Zeitraumes das freie Gewerbe (Vermietung von Abstellplätzen im Freien) gemäß § 5 Abs 2 GewO ausgeübt; dies allerdings ohne eine entsprechende Gewerbeberechtigung zur Ausübung des freien Gewerbes (Vermietung von Abstellplätzen im Freien) erlangt zu haben.

Sie haben dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 iV mit § 5 Abs 1 GewO, BGBl Nr 194/1994, begangen.

Faktum 2)

(Verstoß gegen die Gewerbeordnung, § 74 Abs 2: Konsensloses Betreiben einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage)

Auf Grund der Gesetzeslage des § 74 Abs 2 Gewerbeordnung, (GewO), dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl Nr 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs 1 Z 4 lit g angeführten Nutzungsrechte,

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

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

Durch Sie, mit dem Gewerbestandort Innsbruck, XY-Str., wurde in Ausübung des freien Gewerbes ?Vermietung von Abstellplätzen im Freien? infolge des Betriebens der nachangeführten genehmigungspflichtigen gewerblichen Betriebsanlage ohne hierfür erforderliche Betriebsanlagengenehmigung gegen die zuvor aufgezeigte Rechtslage verstoßen:

Durch Sie als Gewerbeausübende wurde in der Zeit vom 10.03.1999 bis 10.03.2004 eine gewerbliche Betriebsanlage auf den Grundparzellen XY und XY, KG W., auf einer Fläche von ca 2079 m<sup>2</sup>, im Hofbereich zwischen der XY-Str. 19 und XY-Str. 26 asphaltierte Abstellplätze für ca 93 Kraftfahrzeugen errichtet (diese Parkplätze von 1 - 93 durchnummeriert und mit Linien abgegrenzt) und betrieben.

Die Eignung zur Verursachung jener gemäß § 74 Abs 2 GewO die Bewilligungspflicht begründenden Gegebenheiten sind in folgenden Umständen zu erblicken:

Das Zufahren mit Kraftfahrzeugen zur dortigen Betriebsanlage (zum dortigen Abstellplatz) bzw das Abfahren mit Kraftfahrzeugen von der dortigen Betriebsanlage (vom dortigen Abstellplatz), welches auch in den Nachtstunden erfolgte, war geeignet, bei den dortigen Nachbarn - es befinden sich in unmittelbarer Nähe der dortigen Betriebsanlage andere Gewerbebetriebe und zum Zwecke des Wohnens genutzte Räumlichkeiten - Lärmbelästigungen (beim Betrieb von Kraftfahrzeugen verursachte Betriebsgeräusche) und Geruchsbelästigungen (beim Betrieb von Kraftfahrzeugen verursachte Abgase) hervorzurufen.

Eine gemäß § 74 Abs 2 Z 1., 2. und 5. GewO für das gesetzeskonforme Betreiben der gegenständlichen Betriebsanlage erforderliche gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung im Sinne der §§ 74 ff GewO lag während des Anlastungszeitraumes nicht vor.

Sie haben dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 2 (zweiter Fall) in Verbindung mit § 74 Abs 2 Z 2 GewO 94 sowie des weiteren in Verbindung mit § 370 Abs 2 GewO, BGBl Nr 194/1994, begangen?.

Wegen dieser Übertretungen wurde gegen die Beschuldigte gemäß § 366 Abs 1 (Einleitungssatz) GewO 1994 zu Faktum 1. und 2. jeweils eine Geldstrafe von Euro 1.200,00, Ersatzfreiheitsstrafe je 5 Tage, verhängt. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG mit 10 vH der verhängten Geldstrafen bestimmt.

Gegen diesen Strafbescheid hat Frau E. R., vertreten durch die B. und A. Rechtsanwaltspartnerschaft, I., fristgerecht Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol erhoben und darin ausgeführt wie folgt:

?Der Vorwurf, die Beschuldigte habe in der Zeit vom 10.03.1999 bis 10.03.2004 ca (!) 70 Fahrzeugabstellplätze an hausfremde Personen vermietet und somit während dieses Zeitraumes das freie Gewerbe ?Vermietung von Abstellplätzen im Freien? ohne entsprechende Gewerbeberechtigung bzw ohne entsprechende Betriebsanlagengenehmigung ausgeübt, besteht nicht zu Recht.

A)

Im Spruch des Straferkenntnisses vom 05.10.2005, GZ II-STR-00659e/2004, wird der Beschuldigten folgendes vorgeworfen:

„Durch Sie als Eigentümerin wurde im Standort I., XY-Straße, auf der obgenannten Örtlichkeit in der Zeit vom 10.03.1999 bis 10.03.2004 ca 70 Kraftfahrzeugabstellplätze an hausfremde Personen vermietet und somit während dieses Zeitraumes das freie Gewerbe „Vermietung von Abstellplätzen im Freien“ gemäß §5 Abs 2 GewO ausgeübt; dies allerdings ohne eine entsprechende Gewerbeberechtigung zur Ausübung des freien Gewerbes „Vermietung von Abstellplätzen im Freien“ erlangt zu haben. Sie haben dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 iV mit § 5 Abs 1 GewO begangen.“

Gemäß § 44a VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, unter anderem zu enthalten:

1.

die als erwiesen angenommene Tat;

2.

die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl neben vielen anderen das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 8. Mai 1987, ZI 85/18/0257) muss der Spruch eines Straferkenntnisses so gefasst sein, dass die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat unter die verletzte Verwaltungsvorschrift eindeutig und vollständig erfolgt, also aus der Tathandlung sogleich auf das Vorliegen der bestimmten Verwaltungsübertretung geschlossen werden kann. Die Beschuldigte hat ein subjektives Recht, dass ihr einerseits die als erwiesen angenommene Tat, andererseits die verletzte Verwaltungsvorschrift richtig und vollständig vorgehalten wird.

Es ist von der Behörde in Entsprechung der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung die Tat hinsichtlich der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird.

Der Spruch des Straferkenntnisses hat demzufolge der Beschuldigten die Tat in so konkreter Weise vorzuwerfen, dass sie im ordentlichen Strafverfahren, gegebenenfalls auch in einem Wiederaufnahmeverfahren in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Vorwurf zu widerlegen. Weiters muss der Spruch geeignet sein, die Beschuldigten rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden.

Diese geforderten Konkretisierungen sind im gegenständlichen Spruch offensichtlich nicht gegeben. Der Beschuldigten wird vorgeworfen, sie habe „ca 70 Kraftfahrzeugabstellplätze an hausfremde Personen vermietet.“ Das Vermieten von „ca 70 Kraftfahrzeugabstellplätzen an hausfremde Personen“ begründet aber nicht die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung, sondern ist dies gemäß § 4 Abs 1 Z 2 GewO der Fall, wenn „mehr als 50 Kraftfahrzeuge von hausfremden Personen abgestellt werden.“

Aus dem Tatbestandselement „ca 70 Kraftfahrzeugabstellplätze“ folgt nicht zwingend, dass tatsächlich mehr als 50 Abstellplätze vermietet wurden, auch ist die Beschuldigte nicht in der Lage, zu erkennen, wie viele Abstellplätze sie ohne entsprechende Gewerbeberechtigung vermieten dürfte, die Beschuldigte ist dadurch nicht in der Lage, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Vorwurf zu widerlegen. Weiters ist der Spruch

nicht geeignet, die Beschuldigte rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden. Es hätte der Beschuldigten, um die geforderten Mindestanforderungen zu erfüllen, konkret vorgeworfen werden müssen, dass sie mehr als 50 Kraftfahrzeugabstellplätze vermietet hat.

Überdies ist aber Voraussetzung der Anwendbarkeit der Gewerbeordnung gemäß § 4 Abs 1 Z 2 GewO dass "mehr als 50 Kraftfahrzeuge von hausfremden Personen abgestellt werden". Das Tatbestandselement ist "abgestellt" und nicht, wie vorgeworfen "vermietet". Das von der Behörde vorgeworfene Verhalten des Vermietens von ca 70 Abstellplätzen ist sohin auch unter diesem Aspekt gar nicht unter § 4 Abs 1 Z 2 bzw § 5 Abs 1 GewO zu subsumieren, das vorgeworfene Verhalten des Vermietens von ca 70 Parkplätzen ohne Gewerbeberechtigung begründet keine Strafbarkeit. Weiters gilt das oben gesagte auch hier, die Beschuldigte ist nicht in der Lage, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Vorwurf zu widerlegen. Weiters ist der Spruch nicht geeignet, die Beschuldigte rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden.

Der vorliegende Spruch erfüllt aus allen diesen Gründen nicht die Erfordernisse des § 44a VStG.

B)

Das gesamte Verfahren ist äußerst mangelhaft, die der Behörde vorliegenden "Beweise" begründen keine Strafbarkeit.

Wie oben schon ausgeführt, ist Tatbestandselement das Abstellen von mehr als 50 Kraftfahrzeugen von hausfremden Personen. Es ist nicht relevant, ob Parkplätze im Eigentum der Beschuldigten stehen, gemäß § 4 Abs 1 GewO ist das entsprechende Tatbestandselement das "Halten von Flächen", wobei gemäß § 4 Abs 2 Z 2 GewO das Vermieten an Personen, die die vermieteten Flächen selbst zum Halten von Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen benutzen, von der Gewerbeordnung ausgenommen ist. Um mit ihrer Tätigkeit also tatsächlich unter die Gewerbeordnung zu fallen, müsste die Beschuldigte mehr als 50 Parkplätze an hausfremde Personen, die dort Kraftfahrzeuge abstellen, vermieten und müssten auch tatsächlich auf diesen Parkplätzen mehr als 50 Kraftfahrzeuge abgestellt sein. Die Behörde schließt ohne jegliche Begründung aus der Tatsache, dass die Beschuldigte Miteigentümerin einer Fläche ist, dass diese sämtliche darauf befindliche Parkplätze selbst hält und an hausfremde Personen, die dort Kraftfahrzeuge abstellen, vermietet. Dazu gibt es aber keine Beweisergebnisse, die entsprechenden Feststellungen sind Vermutungen.

Die Behörde hat bezüglich der gegenständlichen Flächen allen vier Miteigentümern einzeln den inhaltsgleichen Vorwurf gemacht. Dabei hat die Behörde jedem Beschuldigten einzeln den Vorwurf gemacht, ca 70 Parkplätze zu vermieten. Würden sich die Vorwürfe der Behörde als wahr erweisen, müssten also ca 280 Parkplätze vermietet worden sein. Es sind laut den Feststellungen der Erstbehörde aber nur 93 Parkplätze vorhanden.

C)

Die Beschuldigte hält tatsächlich entsprechend ihrem (Mit)eigentumsanteilen 19 Parkplätze auf dem Grundstück 946/1 bzw 955/1 und zwar die Parkplätze mit den Nummern 1 - 10 und 85 - 93. Da sohin nicht mehr als 50 Kraftfahrzeuge auf den Parkplätzen der Beschuldigten abgestellt werden können, liegt keine gewerbliche Tätigkeit vor.

Gemäß § 74 Abs 1 GewO ist unter einer Betriebsanlage jede örtlich gebundene Einrichtung zu verstehen, die der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit regelmäßig zu dienen bestimmt ist. Mangels Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit liegt schon begrifflich keine Betriebsanlage vor, so dass auch der Vorwurf des konsenslosen Betriebes einer genehmigungspflichtigen Betriebsanlage ins Leere geht.

Überdies wäre auch bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit keine Betriebsanlagengenehmigung von Nöten. Der gegenständliche Parkplatz befindet sich mitten in der Innenstadt und ist von dichtbefahrenen Straßen umgeben. Eine wahrnehmbare Erhöhung des Lärm- bzw Geruchspegels kann schon aus diesem Grund ausgeschlossen werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass ja nur wenige Fahrzeuge pro Tag auf diesen Parkplatz zu bzw abfahren.

Beweis: Vereinbarung vom ?????

D)

Die Strafe ist auch der Höhe nach nicht gerechtfertigt. Die Behörde hat das Vermieten aller 93 Parkplätze allen vier Miteigentümern vorgeworfen und allen vier jeweils eine Strafe von Euro 2.400,00 vorgeschrieben, sohin gesamt für das Vermieten von 93 Parkplätzen eine Gesamtstrafe von Euro 9.600,00 vorgeschrieben. Richtigerweise wäre, da ja nur einmal mehr als 50 KFZ abgestellt werden können, die vorgeschriebene Strafe auf alle vier Vermieter aufzuteilen, so dass sich eine Strafe von Euro 510,00 pro Vermieter ergeben würde.

Schließlich konnte aber die Beschuldigte davon ausgehen, dass sie nur 24 Parkplätze vermietet und daher keiner Gewerbeberechtigung bedarf, das Verschulden, soferne überhaupt vorhanden, ist derartig gering, dass der Ausspruch einer Ermahnung ausreichen würde.?

Die Berufungswerberin hat daher die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. In eventu wurde der Ausspruch einer Ermahnung begehrt.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

A) Sachverhalt:

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Akt, durch Einvernahme des Zeugen Dipl.-Ing. A. P. in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung vom 28.03.2006 sowie durch Einholung der Schenkungsverträge für die in Rede stehenden Grundstücke XY und XY, beide KG W.. Weiters wurden anlässlich eines Lokalaugenscheines am 28.03.2006 Lichtbilder vom betreffenden Parkplatz angefertigt und in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung dargetan. Ebenfalls dargetan wurde ein Orthofoto vom gegenständlichen Bereich.

Sachverhaltsfeststellungen:

Frau E. R.. geb. XY, wohnhaft XY, D-B., ist aufgrund zweier mit jeweils 22.12.2000 datierter Schenkungsverträge Alleineigentümerin des Gst XY KG W. und zu 4/100 Anteilen Miteigentümerin des Gst XY KG W. Weitere Miteigentümer am Gst XY KG W. sind Frau G. M. H. (30/100 Anteile), Frau B. P. ?H. (36/100 Anteile) und Frau C. S. (30/100 Anteile).

Auf diesen Grundstücken befindet sich ein Parkplatz für 95 Autoabstellplätze, welcher bereits im Zeitpunkt der Schenkung bestanden hat. Der Parkplatz ist im Hofbereich zwischen den Anwesen XY-Straße und XY-Straße situiert. Er weist eine durchgehend asphaltierte Fläche von ca 2000 m<sup>2</sup> auf. Die einzelnen Autoabstellplätze sind nummeriert und mit Linien abgegrenzt. Der Parkplatz ist sowohl im Norden (zur XY-Straße hin) als auch im Süden (zur XY-Straße hin) mit einem Schranken gegen unbefugte Zufahrt gesichert. Für die Benützung des Parkplatzes bestehen keine zeitlichen Beschränkungen.

Der Umgebungsbereich des Parkplatzes zeichnet sich durch eine weitgehende Verbauung aus. Das gegenständliche Areal, abgegrenzt durch die XY-Straße, XY-Straße, XY-Straße und XY-Straße, ist gemäß Flächenwidmungsplan WI-F 4 (vom 21.04.1999) der Stadtgemeinde Innsbruck großteils (von der XY-Straße bis auf Höhe XY-Straße) als ?gemischtes Wohngebiet?, anschließend, also die Häuserzeile entlang der XY-Straße, als reines ?Wohngebiet? gewidmet. Die Nutzung der im Bereich des Parkplatzes befindlichen Gebäude entspricht diesen Widmungsfestlegungen, dh es findet dort eine Wohn- und Büronutzung statt.

Der Parkplatz ist unterschiedlich ausgelastet. Durchgängig waren im Anlastungszeitraum jedenfalls mehr als 50 Stellplätze an hausfremde Personen vermietet. Derzeit beträgt die Auslastung ca 80 Prozent. Zwischen den Miteigentümern wurde eine Vereinbarung bezüglich Zuordnung der Parkplätze abgeschlossen, welche vom 11.01.2001 datiert. Demnach sind Frau E. R. die Stellplätze Nr 1 ? 10 und Nr 85 ? 93 ?zuteilt?. Nach außen treten die Miteigentümer des gegenständlichen Parkplatzes als ?Eigentümergeinschaft Parkplätze XY-Straße ? A-l.? auf. Herr Dipl.-Ing. A. P. vertritt die Eigentümergeinschaft nach außen. Der Interessent für einen Autoabstellplatz schließt also einen Mietvertrag nicht mit den einzelnen Miteigentümern, sondern mit der Eigentümergeinschaft, vertreten durch Dipl.-Ing. A. P., ab. Diesbezüglich besteht ein von Herrn Dipl.-Ing. P. ausgearbeiteter ?Mustermietvertrag?, nach welchem sämtliche Mietverträge abgeschlossen wurden und werden. Die monatlichen Mietkosten für einen Autoabstellplatz belaufen sich auf ca Euro 80,00 (ATS 1152,00 brutto). Aus der Vermietung der Autoabstellplätze erzielen die Miteigentümer jedenfalls einen Ertrag. Zu den Verpflichtungen der Vermieter gehören laut Mietvertrag die Schneeräumung und Streuung sowie die Sauberhaltung der Liegenschaft zu bestimmten Zeiten. In der Praxis kümmert sich Dipl.-Ing. P..auch um die Schneeräumung bzw um die Streuung. Bei der Auftragsvergabe tritt er für die Miteigentümer auf. Wenn bei der Schrankenanlage etwas zu reparieren ist, wird auch dies von ihm veranlasst. Die Aufteilung der Kosten wird dann zwischen den Eigentümern vereinbart. Die Mieten werden auf ein gemeinsames Konto der Eigentümergeinschaft eingezahlt. Jeder Miteigentümer bekommt zunächst eine Abschlagszahlung. Die Aufteilung des restlichen Betrages nimmt dann der Steuerberater entsprechend den einzelnen Mietverträgen vor.

Für den Parkplatz liegt keine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung vor. Eine Baubewilligung nach dem 1. Juli 1997 wurde für den Parkplatz ebenfalls nicht erteilt. In den Schenkungsverträgen vom 22.12.2000 ist unter Punkt III. ?Besitzübergang, Gewährleistung? jeweils geregelt, dass die Übergabe und Übernahme des Schenkgegenstandes bereits vor Vertragsunterfertigung erfolgt ist, die Erträge und Kosten, die mit dem Vertragsgegenstand in Zusammenhang stehen, bis zum 31.12.2000 aber dem Geschenkgeber zufallen bzw von diesem getragen werden.

#### Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zu den Eigentumsverhältnissen an den verfahrensgegenständlichen Gste XY und XY, beide KG W., ergeben sich aus den von der Berufungswerberin vorgelegten Urkunden (Schenkungsverträge vom 22.12.2000) und aus den eingeholten Grundbuchsauszügen.

Aus den amtlichen Datenbanken (TIRIS), den angefertigten Lichtbildern und dem durchgeführten Lokalaugenschein resultieren die Feststellungen zur Lage und zur Beschaffenheit des betreffenden Parkplatzes. Die Gesamtanzahl der Stellplätze bzw die der Berufungswerberin ?zuteilten? Stellplätze ergeben sich aus der von dieser im Berufungsverfahren ergänzend vorgelegten Vereinbarung samt beigeschlossener Lageskizze.

Die Widmung des betreffenden Areals ergibt sich aus dem Flächenwidmungsplan der Stadtgemeinde I. (notorische Tatsache). Die im erstinstanzlichen Verfahren getroffene Annahme, wonach in den den Parkplatz umgebenden Gebäuden eine Wohn- und Büronutzung stattfindet, hat die Berufungswerberin nicht bestritten. Diese Feststellung findet überdies Bestätigung im amtlichen Datenmaterial. So hat etwa eine stichprobenartige Überprüfung im Zentralen Melderegister ergeben, dass in den dem Parkplatz benachbarten Gebäuden mehrere Personen ihren Hauptwohnsitz haben. Es stellt außerdem eine amtsbekannte Tatsache dar, dass sich dort Büroeinheiten (Bürogebäude der T. Austria AG, Steuerberatungskanzlei, Rechtsanwaltskanzlei) befinden. Was die vorbeschriebene Nutzung bzw Verwaltung des Parkplatzes anlangt, konnten die Feststellungen insbesondere aufgrund der glaubwürdigen Angaben des Zeugen Dipl.-Ing. A. P. sowie aufgrund des Inhaltes der abgeschlossenen Mietverträge (siehe Mustermietvertrag) getroffen werden. Der Zeuge hat auch bestätigt, dass für den Parkplatz keine Betriebsanlagengenehmigung vorliegt und zumindest seit dem 01.07.1997 dafür keine Baubewilligung erteilt worden ist. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht für die Berufungsbehörde schließlich fest, dass seit der Übernahme des Parkplatzes durch die Miteigentümergeinschaft durchgängig mehr als 50 Stellplätze an hausfremde Personen vermietet waren. Dass die Vermietung größtenteils an hausfremde Personen erfolgt ist, hat der Zeuge Dipl.-Ing. P. bestätigt. Was den Auslastungsgrad anlangt, hat er zwar lediglich angegeben, dass durchgängig jedenfalls mehr als die Hälfte der Stellplätze vermietet sei, schon aufgrund der Gesamtanzahl der Stellplätze muss aber nach Ansicht der Berufungsbehörde davon ausgegangen werden, dass die Anzahl der im interessierenden Zeitraum an hausfremde Personen vermieteten Stellplätze durchgängig mehr als 50 betragen hat. Aufgrund der Knappheit des Parkraumes im

innerstädtischen Bereich besteht zweifelsfrei eine große Nachfrage nach Stellplätzen. Es ist deshalb auszuschließen, dass nicht durchgängig mehr als 50 Stellplätze vermietet waren, zumal auch aktuell der Auslastungsgrad bei 80 Prozent liegt. Der Berufungswerberin wäre es außerdem offen gestanden, durch Vorlage der Mietverträge diese Annahme zu entkräften, wozu sie aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht im Verwaltungsstrafverfahren auch angehalten gewesen wäre. Der entsprechenden Aufforderung ist sie aber ohne ausreichende Begründung nicht nachgekommen. Auch dies indiziert die Richtigkeit der durch die Berufungsbehörde getroffenen Feststellung zum Auslastungsgrad des in Rede stehenden Parkplatzes.

#### B) Rechtsgrundlagen:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen relevant:

?1. Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr 194/1994, in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 48/2003 und der Kundmachung BGBl I Nr 109/2003:

#### § 1

(1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

(2) Eine Tätigkeit wird gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hierbei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

....

#### § 4

(1) Auf das Halten von Räumen und Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen ist dieses Bundesgesetz nur dann anzuwenden, wenn

1. es sich nicht um eine bloße Raumvermietung handelt, sondern auch Dienstleistungen übernommen werden; oder
2. Mehr als 50 Kraftfahrzeuge von hausfremden Personen abgestellt werden; Mieter oder Untermieter einer Wohnung oder eines Geschäftsraumes in dem Gebäude, in dem sich der Einstellraum befindet oder zu dem die Abstellfläche gehört, oder in einem dazugehörigen Gebäude gelten nicht als hausfremde Absteller; die Betriebsanlage eines Garagierungsbetriebes, welche nach In-Kraft-Treten der Gewerberechtsnovelle 1997, BGBl I Nr 63/1997, nicht den Bestimmungen der §§ 74 ff unterlag, weil nur Kraftfahrzeuge von höchstens 50 hausfremden Personen eingestellt wurden, gilt im Umfang einer zum 1. Juli 1997 vorhandenen Betriebsanlagengenehmigung oder im Umfang einer nach diesem Zeitpunkt auf Grund landesrechtlicher Vorschriften erteilten Bau- und Betriebsbewilligung als gemäß § 74 Abs 2 genehmigte Betriebsanlage; oder
3. mit den Abstellern eine über die Haftung des Bestandgebers nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch hinausgehende Haftung vereinbart wird.

(2) Abs 1 Z 2 gilt nicht für die Vermietung an Personen, die die vermieteten Räume oder Flächen selbst zum Halten von Räumen oder Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen benützen.

(3) Als Dienstleistungen im Sinne des Abs 1 Z 1 sind nicht anzusehen:

1. das Öffnen und Schließen der Haustore, des Einstellraumes oder einer Abschränkung bei der Zu- und Ausfahrt;
2. das Beistellen von Wasser, Licht und zentraler Beheizung;
- 3.

die bauliche Instandhaltung der Einstellräume oder Abstellflächen sowie der Abflusskanäle.

(4) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind nicht anzuwenden, wenn Arbeitgeber Einstellräume oder Abstellflächen lediglich an ihre Arbeitnehmer vermieten oder lediglich deren Kraftfahrzeuge abstellen.

#### § 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.

(2) Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs 1, die nicht als reglementierte Gewerbe (§ 94) oder Teilgewerbe (§ 31) ausdrücklich angeführt sind, sind freie Gewerbe. Unbeschadet allfälliger Ausübungsvorschriften ist für diese kein Befähigungsnachweis zu erbringen.

#### § 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,

1. das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden, der nicht den Bestimmungen des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl Nr 450/1994, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegenden mittätigen Familienangehörigen, der Nachbarn oder der Kunden, die die Betriebsanlage der Art des Betriebes gemäß aufsuchen, oder das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden; als dingliche Rechte im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die im § 2 Abs 1 Z 4 lit g angeführten Nutzungsrechte,

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

....

5. eine nachteilige Einwirkung auf die Beschaffenheit der Gewässer herbeizuführen, sofern nicht ohnedies eine Bewilligung auf Grund wasserrechtlicher Vorschriften vorgeschrieben ist.

....

#### § 366

(1) Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu Euro 3.600,00 zu bestrafen ist, begeht, wer

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

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

....

2. Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl Nr 52/1991, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl I Nr 117/2002:

#### Schuld

#### § 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.

(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

#### Strafbemessung

##### § 19

(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

(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-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

#### Absehen von der Strafe

##### § 21

(1) Die Behörde kann 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.

....

##### § 44a

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.

##### § 45

(1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

....

3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen.

....

3. Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl Nr 51/1991, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl I Nr 10/2004:

§ 66

....

(4) Außer dem in Abs 2 erwähnten Fall hat die Berufungsbehörde, sofern die Berufung nicht als unzulässig oder verspätet zurückzuweisen ist, immer in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung (§ 60) ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern.?

C) Rechtliche Beurteilung:

Zu Faktum 1. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Die Berufungswerberin bestreitet eine Übertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 und führt diesbezüglich im Wesentlichen aus, dass sie lediglich 19 Stellplätze vermietet. Damit eine der GewO 1994 unterliegende Tätigkeit vorliege, müsse sie aber gemäß § 4 Abs 1 leg cit mehr als 50 Parkplätze an hausfremde Personen, die dort Kraftfahrzeuge abstellen, vermieten und müssten auf diesen Parkplätzen auch tatsächlich mehr als 50 Kraftfahrzeuge abgestellt sein.

Dieser Argumentation kann seitens der Berufungsbehörde nicht gefolgt werden.

In § 4 GewO 1994 normiert der Gesetzgeber jene Voraussetzungen, unter denen die entgeltliche Vermietung von Parkräumen und Parkflächen als Gewerbeausübung, nämlich als Ausübung des (freien) Garagierungs- bzw Parkflächengewerbes, zu qualifizieren ist. Gemäß Z 1 ist die GewO 1994 demnach ua dann anzuwenden, wenn vom Vermieter auch Dienstleistungen erbracht werden.

Dies trifft gegenständlich zu. Wie sich nämlich aus dem Mustermietvertrag ergibt, welcher für alle Vertragsabschlüsse herangezogen wurde und wird, obliegt dem Vermieter/den Vermietern die Schneeräumung und Streuung sowie Sauberhaltung der Liegenschaft, einschließlich der Zufahrtswege. Der Hinweis der Berufungswerberin, dass sie lediglich 19 Stellplätze vermietet, geht daher bereits aus diesem Grund ins Leere.

Dass im ersten Satzteil der Z 1 lediglich von ?Raumvermietung? die Rede ist, spricht ebenfalls nicht gegen die Anwendbarkeit dieser Bestimmung im vorliegenden Fall. Hier liegt offenkundig ein legislatives Versehen vor. Mit der GewR-Novelle 1997 wurden in die Regelung des § 4 GewO 1994 auch die nicht räumlich umschlossenen Abstellflächen einbezogen. Dabei wurde allerdings eine entsprechende sprachliche Anpassung des § 4 Abs 1 Z 1 GewO 1994 verabsäumt. Bei einer systematischen Auslegung des § 4 GewO 1994 kann nun aber kein Zweifel daran bestehen, dass der Gesetzgeber im Falle der Erbringung von Dienstleistungen auch das Halten von Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen den gewerberechtlichen Vorschriften unterwerfen wollte. Der Gesetzgeber hat nämlich in § 4 Abs 3 leg cit geregelt, was nicht als Dienstleistung iSd Abs 1 Z 1 anzusehen ist. Dabei hat er in § 4 Abs 3 Z 3 leg cit ua festgelegt, dass die bauliche Instandhaltung der ?Abstellflächen? keine Dienstleistung im Gesetzessinn darstellt. Wenn nun die zusätzliche Erbringung von Dienstleistungen tatsächlich nur im Falle des Haltens von Räumen für das Abstellen von Fahrzeugen zur Anwendung der GewO 1994 führen würde, wäre diese Festlegung entbehrlich. Indem der Gesetzgeber aber ausdrücklich auch die bauliche Instandhaltung von ?Abstellflächen?, also räumlich nicht abgegrenzter Stellplätze,

aus dem Begriff der Dienstleistung iSd § 4 Abs 1 Z 1 GewO 1994 ausgenommen hat, bringt er klar zum Ausdruck, dass diese Bestimmung auch für Parkplätze im Freien anwendbar ist. Eine Einschränkung auf die Raumvermietung wäre zudem sachlich nicht gerechtfertigt und würde sohin wegen Widerspruchs zum Gleichheitsgrundsatz auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Gesetzliche Bestimmungen sind aber im Zweifel verfassungskonform auszulegen.

Dass die betreffende Tätigkeit der GewO 1994 unterliegt, ergibt sich entgegen der Ansicht der Berufungswerberin aber auch aus § 4 Abs 1 Z 2 leg cit. Nach dieser Bestimmung ist die GewO 1994 weiters dann anzuwenden, wenn in den für das Abstellen von Fahrzeugen gehaltenen Räumen oder Flächen mehr als 50 Kraftfahrzeuge von hausfremden Personen abgestellt werden.

Diese Bestimmung ist nach Ansicht der Berufungsbehörde dahingehend zu verstehen, dass eine der GewO 1994 unterliegende Tätigkeit immer dann vorliegt, wenn mehr als 50 Stellplätze für das Abstellen der Kraftfahrzeuge hausfremder Personen bereitgehalten werden. Es kommt also nach Auffassung der Berufungsbehörde nicht darauf an, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt auch tatsächlich mehr als 50 Stellplätze von hausfremden Personen genutzt werden, sondern dass vom Betreiber mehr als 50 Stellplätze für diesen Zweck bestimmt sind. Jede andere Auslegung würde zunächst die Vollziehung dieser Bestimmung nahezu unmöglich machen. Diesfalls würde nämlich je nach Auslastungsgrad zeitweise eine gewerbliche und zeitweise eine nicht der Gewerbeordnung unterliegende Tätigkeit vorliegen. Die Gewerbebehörde müsste folglich, um ein gesetzwidriges Verhalten zu unterbinden, durchgängig den Auslastungsgrad des Parkplatzes in Evidenz halten. Dass der Gesetzgeber eine Regelung erlassen wollte, die derartige Vollzugsprobleme nach sich zieht, kann ihm nicht zugesonnen werden. Aber auch der Wortlaut der Bestimmung steht dieser Auslegung nicht entgegen. Die Bestimmung stellt nämlich auf das Halten von Räumen und Flächen für das Abstellen von Fahrzeugen ab. Darin, also im Bereithalten der Stellplätze zu Vermietung, besteht die gewerbliche Tätigkeit. Wenn es nun weiters heißt, dass für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit zudem mehr als 50 Kraftfahrzeuge hausfremder Personen abgestellt werden müssen, stellt dies bloß eine nähere Spezifizierung der gewerblichen Tätigkeit, also des Haltens (Bereithaltens) der Räume und Flächen dar. Der Gesetzgeber wollte nach Ansicht der Berufungsbehörde mit dieser Regelung also nicht zum Ausdruck bringen, dass er von einer gewerblichen Tätigkeit erst dann ausgeht, wenn tatsächlich mehr als 50 Stellplätze an hausfremde Personen vermietet sind, sondern wenn die unternehmerische Tätigkeit darin besteht, dass mehr als 50 Stellplätze für das Abstellen von Kraftfahrzeugen hausfremder Personen gehalten werden. Dass im vorliegenden Fall im Anlastungszeitraum mehr als 50 Stellplätze für das Abstellen von Kraftfahrzeugen von hausfremden Personen bereitgehalten wurden, steht außer Zweifel. Dies ergibt sich bereits aus den Angaben des Zeugen Dipl.-Ing. A. P. Außerdem ist laut Gesetz von einer Nutzung durch nicht hausfremde Personen nur dann auszugehen, wenn diese Mieter bzw Untermieter einer Wohnung oder eines Geschäftsraumes in jenem Gebäude, zu dem der Parkplatz gehört, oder in einem (zu diesem Gebäude) dazugehörigen Gebäude sind. Mit dieser Formulierung bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass der Parkplatz Nebenanlage eines Gebäudes mit Wohnungen oder Geschäftsräumen ist. Unter dieser Voraussetzung und wenn die Mieter bzw Untermieter der im betreffenden Gebäude befindlichen Wohnungen oder Geschäftsräume ihre Kraftfahrzeuge auf dem zu diesem Gebäude gehörenden Parkplatz bzw in der zu diesem Gebäude gehörenden Parkgarage abstellen, liegt keine Nutzung durch hausfremde Personen vor. Damit von einem Parkplatz als Nebenanlage gesprochen werden kann, muss aber ein räumliches Nahverhältnis zwischen dem Wohn- bzw Geschäftsgebäude und dem betreffenden Parkplatz vorliegen und muss die Anzahl der Stellplätze zudem verhältnismäßig zur Anzahl der Wohn- bzw Geschäftseinheiten sein. Berücksichtigt man nun die Eigentumsverhältnisse an den im Nahbereich des Parkplatzes befindlichen Gebäuden, so zeigt sich, dass die Eigentümer des Parkplatzes dort nur einige wenige Wohneinheiten besitzen. Damit kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der betreffende Parkplatz zu einem Gebäude gehört. Die Vermietung der betreffenden Stellplätze ist daher nach Ansicht der Berufungsbehörde in jedem Fall als solche an hausfremde Personen zu verstehen. Aber selbst wenn man den vorstehenden Ausführungen, wonach es für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit lediglich auf die Bereithaltung von mehr als 50 Stellplätzen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen hausfremder Personen und nicht auf den Auslastungsgrad zu einem bestimmten Zeitpunkt ankommt, nicht folgen würde, steht für die Berufungsbehörde im gegenständlichen Fall außer Zweifel, dass auf dem

betreffenden Parkplatz, welcher sich als einheitliche Anlage darstellt, im Anlastungszeitraum auch tatsächlich durchgängig mehr als 50 Stellplätze an hausfremde Personen vermietet waren, wobei im einzelnen auf die Ausführungen in der Beweiswürdigung verwiesen wird.

Wenn die Berufungswerberin den § 4 Abs 1 Z 2 GewO 1994 nun weiters deshalb für nicht anwendbar erachtet, weil sie selbst aufgrund einer zwischen den Eigentümern des Parkplatzes getroffenen Vereinbarung lediglich 19 Parkplätze vermietet bzw. vermietet habe, kann auch dem nicht gefolgt werden. Zunächst lässt die Berufungswerberin mit diesem Vorbringen außer Acht, dass nach dem Ergebnis des durchgeführten Ermittlungsverfahrens die Mietverträge jeweils von der Eigentümergemeinschaft Parkplätze XY-Straße A-I. als Vermieterin abgeschlossen wurden und werden. Vermieter sind also jeweils die Berufungswerberin und die übrigen Miteigentümer des GSt XY KG W. Diese werden bei den Vertragsabschlüssen alle durch Herrn Dipl.-Ing. A. P. vertreten. Es trifft sohin in rechtlicher Hinsicht nicht zu, dass die Berufungswerberin lediglich 19 Parkplätze vermietet. Die zwischen den Miteigentümern getroffene Benützungsvereinbarung bildet aufgrund der durchgeführten Erhebungen lediglich die Basis für die Aufteilung der Mieterträge. Außerdem verkennt die Berufungswerberin nach Ansicht der Berufungsbehörde mit ihrem Vorbringen den Regelungsinhalt dieser Bestimmung. Der Gesetzgeber stellt wie erwähnt - auf das Halten von Räumen und Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen, also auf eine Tätigkeit ab und unterwirft diese Tätigkeit den Regelungen der GewO 1994, wenn im betreffenden Raum bzw. auf der betreffenden Fläche mehr als 50 Stellplätze zum Abstellen von Kraftfahrzeugen hausfremder Personen bereitgehalten werden. Hingegen ist es nach dem Gesetzeswortlaut unerheblich, von welcher Rechtsperson die Räume oder Flächen zum Abstellen von Fahrzeugen gehalten werden, ob dies also eine juristische oder natürliche Person oder wie im vorliegenden Fall eine Personenmehrheit ist. Wenn daher wie im gegenständlichen Fall - ein sich als Einheit darstellender Parkplatz von mehreren Personen durch Vermietung der einzelnen Stellplätze an hausfremde Personen gemeinschaftlich genutzt wird, unterliegt diese Tätigkeit, sofern die Zahl der für die

er Nutzung durch hausfremde Personen vorgesehenen Stellplätze mehr als 50 beträgt, nach Ansicht der belangten Behörde der GewO 1994. Dass gegenständlich eine gemeinsames Halten der Stellplätze vorliegt, steht für die Berufungsbehörde außer Zweifel. Wie sich im Ermittlungsverfahren ergeben hat, tritt als Vermieterin die Eigentümergemeinschaft auf. Der Parkplatz stellt sich in der Natur außerdem als einheitliche Anlage dar und werden die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Vermietung der Parkplätze gemeinschaftlich besorgt. Für die Instandhaltung der gemeinsamen Einrichtungen (zB Schrankenanlage) wird ebenfalls gemeinsam Sorge getragen. Aber auch bei einer Interpretation unter Zugrundelegung der vom Gesetzgeber angestellten Erwägungen gelangt man zu diesem Auslegungsergebnis. Die Regelung muss vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Nutzung des eigenen Vermögens (zB Vermietung, Verpachtung von Häusern, Wohnungen, Geschäften oder Liegenschaften) vor In-Kraft-Treten der Kompetenzbestimmungen des B-VG am 01.10.1925 (Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie?, Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) nicht als Gewerbeausübung gesehen wurde. Die bloße Vermögensnutzung wird daher traditionell nicht zu den Gewerben iSd GewO 1994 gezählt. Anderes gilt aber dann, wenn mit der Vermietung, Verpachtung etc. Dienstleistungen erbracht werden. Der Gesetzgeber ist nun davon ausgegangen, dass bei einer Vermietung eines Raumes oder einer Fläche an einen größeren Kreis hausfremder Personen vom Vermieter/den Vermietern jedenfalls Dienstleistungen erbracht werden müssen, die die Gewerbsmäßigkeit der Tätigkeit begründen. Für diese vom Gesetzgeber getroffene Annahme kann es nun aber keinen Unterschied machen, ob alle Stellplätze durch eine Person vermietet werden oder aber aufgrund einer internen Vereinbarung die Eigentümer der Parkgarage bzw. des Parkplatzes jeweils weniger als 50 Stellplätze einer einheitlichen Anlage an hausfremde Personen vermieten, sofern nur die Gesamtzahl der Stellplätze mehr als 50 beträgt. Allein die Gesamtzahl d

er in einem Raum bzw. auf einer Fläche bestehenden, an hausfremde Personen vermieteten Parkplätze indiziert das Erfordernis weiterer Dienstleistungen und führt damit nach dem Willen des Gesetzgebers zur Anwendbarkeit der GewO 1994. Dass diese gesetzgeberische Annahme richtig ist, zeigt sich auch im vorliegenden Fall. Wie zuvor ausgeführt, werden von den Vermietern diverse Dienstleistungen erbracht.

Im Ergebnis steht für die Berufungsbehörde daher außer Zweifel, dass die Berufungswerberin ebenso wie die anderen Miteigentümer das freie Gewerbe (Vermietung von Abstellplätzen im Freien) ausgeübt hat.

Dennoch kommt der Berufung gegen Faktum 1. Berechtigung zu, und zwar aus nachstehenden Erwägungen:

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Um den Erfordernissen dieser Gesetzesstelle zu entsprechen, hat der Spruch eines Straferkenntnisses die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu beschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale möglich ist und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht.

Der § 4 GewO 1994 kann nun nicht isoliert von den allgemeinen Bestimmungen zur Gewerbeausübung in § 1 leg cit gesehen werden. Nach Ansicht der Berufungsbehörde ist also nicht jedes Halten von Räumen und Flächen zum Abstellen von Kraftfahrzeugen, das die in § 4 Abs 1 Z 1, 2 und 3 GewO 1994 angeführten Voraussetzungen erfüllt, als gewerbsmäßige Tätigkeit im Sinne der Gewerbeordnung anzusehen. Vielmehr muss auch in diesen Fällen die Tätigkeit selbständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, erfolgen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in zahlreichen Erkenntnissen dargelegt, dass der Verwaltungsstraftatbestand des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 ua das Tatbestandselement enthält, dass jemand ein Gewerbe ausübt?. Zur Verwirklichung dieses Tatbestandes genügt es also nicht, dass eine Tätigkeit ausgeübt wird, die dem Tätigkeitsbereich eines Gewerbes vorbehalten ist, sondern es müssen zudem auch die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs 2 GewO 1994 vorliegen. Folgerichtig ist deshalb für eine gesetzmäßige Tatumschreibung eine ausreichende Bezugnahme auf die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs 2 GewO 1994 erforderlich (vgl VwGH 15.09.1999, 99/04/0110; 08.10.1996, 96/04/0081 ua). Der unter Spruchpunkt 1. erhobene Tatvorwurf trägt dem aber nicht Rechnung. Es fehlt darin nämlich zunächst ein hinlänglich klarer Ansatzpunkt dafür, dass die Tätigkeit in der Absicht betrieben wurde, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Der Vorhalt, die Berufungswerberin habe Stellplätze vermietet, indiziert zwar, dass die Überlassung des Stellplatzes gegen Entgelt erfolgt ist, dass die Berufungswerberin aus dieser Tätigkeit einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil erzielt bzw zu erzielen beabsichtigt hat, wird damit aber nicht deutlich zum Ausdruck gebracht. Ebenfalls fehlt der Vorhalt, dass die Berufungswerberin selbständig, also auf eigene Rechnung und Gefahr, gehandelt hat. Damit trägt die Tatumschreibung aber den in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Erfordernissen nicht Rechnung. Das Straferkenntnis entspricht also in seinem Spruchpunkt 1. nicht den Erfordernissen des § 44a Z 1 VStG und erweist sich damit als rechtswidrig.

Eine Richtigstellung des Tatvorwurfes durch die Berufungsbehörde war aus nachstehenden Gründen ebenfalls nicht möglich.

Damit eine taugliche, die Verjährung ausschließende Verfolgungshandlung vorliegt, muss sich diese nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, ferner auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzen Verwaltungsvorschrift iSd § 44a Z 2 VStG beziehen (VwGH 18.09.1987, 86/17/0020 uva). Zur Beantwortung der Frage, ob Verjährung im Sinne des § 31 Abs 1 VStG eingetreten ist, ist also von der als erwiesen angenommenen Tat im Sinne des § 44a Z 1 VStG auszugehen. Die Verfolgungsverjährung wird nur dann unterbrochen, wenn das dem Beschuldigten zur Last gelegte Handeln innerhalb der Verjährungsfrist unter Berücksichtigung sämtlicher gemäß § 44a Z 1 VStG in den Spruch des Straferkenntnisses aufzunehmenden Tatbestandselemente der verletzen Verwaltungsvorschrift gemäß § 44a Z 2 VStG konkretisiert und individualisiert worden ist (vgl VwGH 14.11.1989, ZI 89/04/0049 ua).

Wie sich nun allerdings aus dem erstinstanzlichen Akt ergibt, haben auch die innerhalb der 6-monatigen Verjährungsfrist gesetzten Verfolgungshandlungen bezüglich der dem Berufungswerber angelasteten Übertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 denselben Mangel der Tatumschreibung aufgewiesen wie das nunmehr bekämpfte Straferkenntnis.

Im Ergebnis ist sohin festzuhalten, dass sich für die Berufungsbehörde zwar keine Zweifel an einer gewerbsmäßigen Tätigkeit der Berufungswerberin ergeben, zumal das Vermieten der Autoabstellplätze durch diese jedenfalls selbständig (auf eigene Rechnung und Gefahr), regelmäßig (über einen längeren Zeitraum) und auch in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (ein Ertrag wird nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens auch tatsächlich erzielt), erfolgt ist, nachdem allerdings ausgehend vom Anlastungszeitraum innerhalb der 6-monatigen Verfolgungsverjährungsfrist keine taugliche Verfolgungshandlung gesetzt wurde, die sämtliche Elemente der Gewerbsmäßigkeit enthält, hat einer Richtigstellung des Schuldspruches durch die Berufungsbehörde der § 31 Abs 1 VStG entgegengestanden.

Folgerichtig war daher der Berufung gegen Faktum 1. des angefochtenen Straferkenntnisses Folge zu geben, der Strafbescheid insoweit zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 3 VStG einzustellen.

Zu Faktum 2. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Schuldspruch:

Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin handelt es sich beim verfahrensgegenständlichen Parkplatz sehr wohl um eine gemäß §§ 74 ff GewO 1994 genehmigungspflichtige Betriebsanlage. Ein Parkplatz ist jedenfalls als örtlich gebundene Einrichtung? iSd § 74 Abs 1 leg cit anzusehen (vgl VwGH 28.04.1992, ZI 91/04/0340). Der betreffende Parkplatz ist unzweifelhaft auch geeignet, einzelne der in § 74 Abs 2 GewO 1994 genannten Interessen zu beeinträchtigen. Für die Beurteilung dieser Frage genügt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Regelfall der Rückgriff auf das allgemeine menschliche Erfahrungsgut (vgl VwGH 11.11.1998, 97/04/0161 ua). Dass nun der gegenständliche Parkplatz mit 95 Autoabstellplätzen, der sich inmitten eines verbauten Gebietes mit Wohn- und Büronutzung befindet, zu einer Lärmbelästigung für die Nachbarn führen kann, und zwar vor allem durch das Zu- und Abfahren der Kraftfahrzeuge, liegt auf der Hand. Ebenfalls kann sich potentiell eine Belästigung der Nachbarn durch Abgase ergeben. Wenn die Berufungswerberin in diesem Zusammenhang ausführt, dass es tatsächlich zu keiner Belästigung der Nachbarn komme, lässt sie außer Acht, dass eine Genehmigungspflicht bereits dann besteht, wenn solche Auswirkungen (Gefährdungen, Belästigungen usw) auf bestimmte Personen nicht auszuschließen sind. Bereits die grundsätzliche Eignung einer Betriebsanlage zu Gefährdungen, Belästigungen usw. begründet die Genehmigungspflicht. Ob im konkreten Einzelfalls tatsächlich Gefährdungen, Belästigungen etc bestehen, ist im Genehmigungsverfahren zu prüfen (vgl VwGH 20.12.1994, ZI 94/04/0162 ua).

Dass schließlich die Argumentation der Berufungswerberin, wonach aufgrund des Umstandes, dass jede Miteigentümerin weniger als 50 Stellplätze vermiete und deshalb die Gewerbeordnung gegenständlich nicht anwendbar sei, ins Leere geht, wurde bereits oben zu Faktum 1. näher dargelegt und wird auf diesen Teil der Begründung verwiesen. Eine gewerbebehördliche Betriebsanlagenehmigung für den Betrieb dieser Anlage hat im Anlastungszeitraum unstrittig nicht vorgelegen. Auch die Übergangsbestimmung des § 4 Abs 1 Z 2 zweiter Satz GewO 1994 kommt gegenständlich nicht zum Tragen, zumal nach dem 1. Juli 1997 zugestandenermaßen keine Baubewilligung für den Parkplatz erteilt worden ist.

Die Berufungswerberin hat sohin den objektiven Tatbestand der ihr unter Punkt 2. des Straferkenntnisses vorgeworfenen Verwaltungsübertretung erfüllt.

Was die innere Tatseite anlangt, ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei der betreffenden Übertretung um ein sog. Ungehorsamsdelikt handelt. Für derartige Delikte sieht § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG vor, dass Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Glaubhaftmachung? bedeutet dabei, dass die Richtigkeit einer Tatsache wahrscheinlich gemacht wird. Der Beschuldigte hat initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Er hat also ein geeignetes Tatsachenvorbringen zu erstatten und die entsprechenden Beweismittel vorzulegen oder konkrete Beweisanträge zu stellen (VwGH 24.05.1989, ZI 89/02/0017 ua).

Die Berufungswerberin hat nun allerdings kein Vorbringen erstattet, wodurch ein fehlendes Verschulden aufgezeigt

werden könnte. Wenn sie davon ausgegangen ist, dass die gegenständliche Art der Vermietung nicht unter die Bestimmungen der Gewerbeordnung falle, ist für sie auch damit nichts zu gewinnen. Wie sich nämlich aus § 5 Abs 2 VStG ergibt, ist Rechtsunkenntnis nur dann beachtlich, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist. Hier ist nun aber wiederum auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verwiesen, wonach dann, wenn d

**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)