jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE UVS Tirol 2005/05/30 2005/22/0859-8

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.05.2005

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Franz Triendl über die Berufung des Herrn J. H., geb XY, XY, vd Rechtsanwalt Mag. C. B. XY, gegen die Straferkenntnisse der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-47-2004 (= uvs-2005/22/0859) und 08.03.2005, Zl SB-61-2004 (gleich uvs-2005/22/860), wegen Übertretungen nach der GewO 1994, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Gemeindeamt XY wie folgt:

I. zum Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-47-2004 (= uvs-2005/22/0859):

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit §§ 24 und 51 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung insoferne Folge gegeben, als die Geldstrafe in der Höhe von Euro 300,00 auf Euro 200,00, bei Uneinbringlichkeit 48 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, herabgesetzt wird.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen

Verfahrens gemäß § 64 Abs 2 VStG mit Euro 20,00 neu festgesetzt.

Der Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses wird wie folgt

berichtigt:

1. Bei der als erwiesen angenommen Tat (§ 44a Z 1 VStG) wir der Tatvorwurf insofern eingeschränkt, als die Wortfolge am 22.07.2004 kurz nach 22.00 Uhr noch 22 Gästen gestrichen wird.

2. Die Strafsanktionsnorm (§ 44a Z 3 VStG) lautet: § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994.

II. zum Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-61-2004 (gleich uvs-2005/22/860):

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit §§ 24 und 51 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung insoferne Folge gegeben, als die Geldstrafe in der Höhe von Euro 600,00 auf Euro 500,00, bei Uneinbringlichkeit 120 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, herabgesetzt wird.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen

Verfahrens gemäß § 64 Abs 2 VStG mit Euro 50,00 neu festgesetzt.

Der Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses wird wie folgt

berichtigt:

1. Bei der als erwiesen angenommen Tat (§ 44a Z 1 VStG) wir der Tatvorwurf insofern eingeschränkt, als folgende Sätze gestrichen werden:

Weiters fanden sich im Bereich dieses Lagergebäudes zusätzlich zu den im Genehmigungsbescheid angeführten bzw in den Projektsunterlagen angegebenen Geräten weitere Einrichtungen, die vom Genehmigungsumfang nicht miterfasst sind, nämlich ein Kühlraum, die Aufstellung von mehreren zusätzlichen Kühl und Tiefkühlgeräten und die Erweiterung der Lagerbereiche. Zum Zeitpunkt des Ortsaugenscheines war auch ein zusätzliches Zelt vorhanden, in dem weitere Biertischgarnituren zur Aufstellung gelangten.

2. Die Strafsanktionsnorm (§ 44a Z 3 VStG) lautet: § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994.

Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnissen wurde dem Berufungswerber spruchgemäß folgender Sachverhalt zur Last gelegt:

I. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-47-2004 (gleich uvs-2005/22/0859):

Mit Bescheid der BH Kitzbühel vom 20.03.2000, Zahl 3.1 A-89/23, erhielt die Flugschule K. GesmbH, Sitz XY, die Betriebsanlagengenehmigung für eine Schirmbar am Drachenflug und Paragleiterlandeplatz XY in XY, wobei als Betriebszeit für diese Schirmbar bzw diesen Getränkestand der Zeitraum von 09.00 Uhr bis 22.00 Uhr festgesetzt ist.

Sie haben es als der gewerberechtliche Geschäftsführer der Flugschule K. GesmbH, zu verantworten, dass diese Gesellschaft in Abänderung zu der im genannten Bescheid verankerten Betriebszeit am 22.07.2004 kurz nach 22.00 Uhr noch 22 Gästen

am 23.07.2004 noch um 22.23 Uhr 10 Gästen

am 07. 08.2004 noch um 22.14 Uhr 7 bis 10 Gästen

jeweils den Aufenthalt im Bereich der gegenständlichen Schirmbar gestattet bzw diese dort bewirtet hat, somit eine bewilligte Betriebsanlage in genehmigungspflichtiger Form nach Änderung betrieben hat, ohne dass hiefür eine entsprechende Änderungsgenehmigung vorgelegen ist. Diese konsenslose Überschreitung der Betriebszeit (Änderung) war zumindest geeignet, die Nachbarn durch den von den Gästen hervorgerufenen Lärm zu belästigen.

Der Beschuldigte habe dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs 1 Z 3 in Verbindung § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 Z 2 der Gewerbeordnung 1994. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über ihn gemäß § 366 Abs 1 Gewerbeordnung 1994 folgende Strafe verhängt:

Euro 300,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 72 Stunden).

II. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-61-2004 (gleich uvs-2005/22/860):

Die Flugschule K. Gesmbh erhielt mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 20.03.2000, Zahl 3.1 A-89/23, die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Schirmbar in Holzkonstruktion am Drachenflug und Paragleiterlandeplatz XY in 6345 XY auf GstNr 3909. Bewilligt wurde ein kleineres Gebäude, in welchem ein Lager sowie die WC Anlagen eingerichtet sind. Vor diesem Gebäude ist ein mit Betonplatten befestigter Bereich, auf der sich die Schirmbar in Holzkonstruktion befindet. Um die Bar sind Barhocker

angeordnet. Weiters wurde mit diesem Bescheid die zusätzliche Aufstellung von drei Biertischgarnituren auf der befestigten Fläche bewilligt und außerdem festgestellt, dass Hintergrundmusik ausschließlich zum Zwecke der Unterhaltung der Gäste an dem Getränkestand vorerst nicht vorgesehen ist.

Anlässlich eines am 31. August 2004 vom ha Gewerbetechniker durchgeführten örtlichen Überprüfung wurde festgestellt, dass die Flugschule K. Gesmbh konsenslos folgende Änderungen zu dem mit genanntem Bescheid bewilligten, oben sowie in den der Bewilligung zugrunde liegenden Projektsunterlagen beschriebenen Bestand vorgenommen hat:

Abweichend vom Genehmigungsbescheid befanden sich auf der befestigten Fläche um die Schirmbar nicht drei, sondern sechs Biertischgarnituren und zusätzlich angrenzend am unbefestigten Rasenbereich 13 weitere Biertischgarnituren. Als weitere Abweichung zum Genehmigungsbescheid wurde zum Zeitpunkt der Überprüfung Hintergrundmusik über die am WC und Lagergebäude befindlichen Lautsprecherboxen wiedergegeben. Im Bereich des Lagergebäudes gelangte ein weiteres Gasverbrauchsgerät zur Aufstellung (Gasheizpilz), in dem ein Flüssiggasversandbehälter mit 5 kg Inhalt vorhanden und angeschlossen war. Weiters fanden sich im Bereich dieses Lagergebäudes zusätzlich zu den im Genehmigungsbescheid angeführten bzw in den Projektsunterlagen angegebenen Geräten weitere Einrichtungen, die vom Genehmigungsumfang nicht miterfasst sind, nämlich ein Kühlraum, die Aufstellung von mehreren zusätzlichen Kühl und Tiefkühlgeräten und die Erweiterung der Lagerbereiche. Zum Zeitpunkt des Ortsaugenscheines war auch ein zusätzliches Zelt vorhanden, in dem weitere Biertischgarnituren zur Aufstellung gelangten.

Sie haben es somit als der gewerberechtliche Geschäftsführer der Flugschule K. Gesmbh zu verantworten, dass diese Gesellschaft die mit Bescheid der BH Kitzbühel vom 20.03.2000, Zahl 2.1 A-89/23, gewerberechtlich genehmigte Betriebsanlage im Standort 6345 XY, XY, Gst. 3909, durch die Hinzunahme der oben beschriebenen Anlagen und Einrichtungen sowie das Abspielen von Hintergrundmusik erweitert, dh geändert und nach der Änderung zumindest am 31.08.2004, indem an diesem Tag das Gelände der Schirmbar für die Allgemeinheit zugänglich war und eine Verabreichung an Gäste erfolgte, betrieben hat, ohne dass hiefür eine entsprechende Betriebsanlagenänderungsgenehmigung vorgelegen ist. Die vorgenommenen Änderungen sind zumindest geeignet, in brandschutztechnischer Hinsicht (etwa durch die umfangreiche Vermehrung von Verabreichungsplätzen und die Verwendung des zusätzlichen Gasverbrauchsgerätes) das Leben oder die Gesundheit des Gewerbetreibenden und der Kunden, die die Betriebsanlage aufsuchen, zu gefährden, weiters infolge der Erweiterung der Verabreichungsplätze und des damit verbunden erhöhten Gästeaufkommens sowie des Abspielens von Hintergrundmusik die Nachbarn durch Lärm oder in anderer Weise zu belästigen.?

Der Beschuldigte habe dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 366 Abs 1 Z 3 in Verbindung § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 Z 1 und 2 der Gewerbeordnung 1994. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über ihn gemäß § 366 Abs 1 Gewerbeordnung 1994 folgende Strafe verhängt: Euro 600,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 144 Stunden).

Gegen diese Bescheide hat der Beschuldigte rechtzeitig Berufung erhoben und darin vorgebracht wie folgt:

Zu I. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-47-2004 (gleich uvs-2005/22/0859):

Der oben bezeichnete Bescheid wird seinem gesamten Inhalt nach angefochten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, mangelhafter Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

1. Sachverhaltsdarstellung:

Der Flugschule K. GmbH wurde mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 20.3.2000 zur Zahl 2.1 A-89/23 eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung zum Betrieb einer Schirmbar am Drachenflug und Paragleiterlandeplatz XY in 6345 XY auf Grundstück Nr. 3909 bewilligt.

Die Flugschule XY GmbH ist auch Inhaber einer Bewilligung zur gewerblichen Ausbildung von Sonderpiloten für Hänge- und Paragleiter gemäß Bescheid des Österreichischen Aero-Clubs vom 17.2.1997 zur Aktenzahl 16-007/A/2-97 und besitzt diese weiters auch die Berechtigung zur gewerbsmäßigen Beförderung von Personen und Sachen im Bedarfsverkehr (Bedarfsunternehmen) mit doppelsitzigen Paragleitern gemäß Bescheid des Bundesministeriums für öffentliche Wirtschaft und Verkehr vom 1.7.1993 zu PR Zl 42.114/11-8/93, sowie eine Luftfahrzeugvermietungsbewilligung gemäß Bescheid des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 2.7.1994 unter der Geschäftszahl IIb2-Sch-125/47-1994, welche die luftfahrtrechtliche Berechtigung zur gewerbsmäßigen Vermietung von 20 Paragleitern umfasst.

Sie besitzt weiters auch einen Gewerbeschein für das Handelsgewerbe gemäß § 124 Z 11 Gewerbeordnung, beschränkt auf den Einzelhandel mit Hängegleitern und Paragleitern, deren Ersatzteilen und Zubehör sowie einschlägigen Ausrüstungsgegenständen, datiert vom 12.12.1994 zur Geschäftszahl 2-9149/3 der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel. Die Flugschule K. GmbH hat weiters einen XYer Flugevent-Sommer als Veranstaltung beim Gemeindeamt XY angemeldet, wobei keine Untersagung erfolgte und eine Bestätigung über die Anmeldung, datiert vom 22.3.2004 zur Zahl 920-6-KR, seitens des Gemeindeamtes XY ausgestellt wurde.

In oben angeführter gewerbebehördlicher Betriebsanlagengenehmigung zum Betrieb einer Schirmbar wird ua bezüglich der Betriebszeit ausgeführt:

Die Betriebszeit der Schirmbar bzw des Getränkestandes erstreckt sich in der Regel von 9.00 Uhr bis 22.00 Uhr, je nach Witterung und Jahreszeit kann sie aber auch kürzer sein.

Nunmehr wird dem Beschuldigten als gewerberechtlichen Geschäftsführer der Flugschule K. GmbH vorgeworfen, dass am 22.7.2004 kurz nach 22.00 Uhr noch 22 Gäste, am 23.7.2004 um 22.23 Uhr 10 Gäste und am 7.8.2004 um 22.14 Uhr noch 7 bis 10 Gäste sich im Bereich der gegenständlichen Schirmbar aufgehalten haben bzw dort bewirtet wurden. Darin liege eine konsenslose Überschreitung der Betriebszeiten, die geeignet war, die Nachbarn durch den von den Gästen hervorgerufenen Lärm zu belästigen. Dies stelle eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 3 iVm § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 dar, weshalb über den Beschuldigten eine Geldstrafe in Höhe von Euro 300,00, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 72 Stunden gemäß § 366 Abs 1 der Gewerbeordnung 1994 verhängt wurde, sowie ihm weiters auferlegt wurde, Euro 30,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu bezahlen.

2. Berufungsgründe:

a) Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften:

Gemäß § 39 Abs 1 AVG hat die Erstbehörde sämtliche zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise von Amts wegen aufzunehmen und die beantragten Beweise auch durchzuführen. Dieser Amtswegigkeit des Verfahrens hat die erstinstanzliche Behörde nicht entsprochen.

1.) Hinsichtlich des Vorwurfes, dass am 22.7.2004 um 22.00 Uhr nicht geschlossen gewesen wäre, wurde vorgebracht, dass richtigerweise um 22.00 Uhr der Betrieb eingestellt worden war.

Ebenso unrichtig ist es, dass der Beschwerdeführer Sekt trinkend mit 22 Gästen angetroffen worden war, was sich darin bestätigt, dass der Beschwerdeführer schon seit etwa 10 Jahren keinen Sekt mehr trinkt. Zu diesen Beweisen wurden insbesondere die ergänzende Einvernahme der meldungslegenden Beamten, und zwar Inspektor R. A. und Inspektor F. F. beantragt. Deren Einvernahme hat nicht stattgefunden, sodass das Verfahren bereits aus diesem Grund mangelhaft geblieben ist.

2.) Hinsichtlich des Vorfalles vom 23.7.2004 wurde ebenfalls im Rahmen der Stellungnahme dargelegt, dass die Schirmbar um 22.23 Uhr nicht mehr geöffnet war. Auch diesbezüglich wurde die ergänzende Beweisaufnahme durch Einvernahme von Inspektor R. A. und Inspektor F. F. beantragt, die jedoch ebenfalls unterblieben ist. Das Verfahren ist daher auch in diesem Punkt mangelhaft.

3.) Gleiches gilt auch für den Vorwurf, dass am 7.8.2004 um 22.23 Uhr noch 10 Gäste bewirtet worden wären.

Dies wurde zur Gänze bestritten und wurde dargelegt, dass ab 22.00 Uhr keinerlei Ausschank mehr stattfand und die Schirmbar bereits geschlossen war. Auch diesbezüglich hätte die Behörde erster Instanz Erhebungen pflegen müssen und insbesondere die meldungslegenden Gendarmeriebeamten ergänzend zu befragen gehabt.

Doch selbst wenn die Einvernahme der Meldungsleger durchgeführt worden wäre, ist das Verfahren mangelhaft geblieben, da die Behörde dem Beschwerdeführer nicht die Möglichkeit eingeräumt hat, gem § 45 Abs 3 AVG die Möglichkeit einer Stellungnahme eingeräumt wurde. Auch aus diesem Grund ist das Verfahren mangelhaft geblieben.

Wie bereits aus der Sachverhaltsdarstellung ersichtlich ist, besitzt die Flugschule K. GmbH eine Vielzahl von Berechtigungen und wurde hinsichtlich allen Tatvorwürfen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Personen im Bereich um die Schirmbar aufgehalten haben. Diese Personen haben sich jedoch nicht im Gastgarten befunden, sondern im Kommunikations und Organisationszentrum der Flugschule und des Flugzentrums K. Es wäre daher Aufgabe der Behörde gewesen, festzustellen, wo konkret sich die Personen aufgehalten haben. Erst dann hätte die Möglichkeit bestanden, eine Zuordnung zum Gewerbebetrieb, oder ob diese Personen dem Flugschulbetrieb, dessen Tätigkeit durch den Bescheid des Österreichischen AeroClubs vom 17.2.1997 zur Aktenzahl 16-007/A/2-97 gedeckt ist. Gemäß § 2 Abs 1 Z 12 und Z 16 Gewerbeordnung sind die Luftfahrtbetriebe und deren Hilfsbetriebe, wie sie im § 42 Abs 1 sowie § 103 Abs 1 LFG normiert sind, von den Bestimmungen der Gewerbeordnung ausgenommen, sodass hierfür eine gewerberechtliche Bewilligung nicht erforderlich ist.

In Ermangelung einer Über bzw Unterordnung der Bescheide, mit denen Unternehmen entweder nach dem Luftfahrtgesetz oder nach der Gewerbeordnung zuzulassen sind, derogiert eine bescheidmäßige Genehmigung nicht eine anderen.

Es hätte daher seitens der Behörde strikt und konkret geprüft werden müssen, welche Räumlichkeiten bzw Sitzmöglichkeiten der luftfahrtrechtlichen Bewilligung zuzuordnen sind, um in weiterer folge dann festzustellen, wo die Personen situiert waren. Erst dann wäre eine Beurteilung möglich gewesen, ob der angeblich vorliegende Sachverhalt unter die Gewerbeordnung und damit auch die gewerberechtlich Genehmigung zu subsumieren wäre. Diese Erhebungen hat die belangte Behörde zur Gänze unterlassen, sodass das Verfahren infolge dessen auch mangelhaft geblieben ist.

b) Unrichtige rechtliche Beurteilung:

Die belangte Behörde irrt auch, wenn sie ausschließlich davon ausgeht, dass ein Hilfsbetrieb ausschließlich in § 75 Abs 1 und § 103 des Luftfahrtgesetzes maßgeblich geregelt ist, zumal eine dementsprechende Regelung auch in § 44 Abs 2 lit a LFG existiert. Richtig ist es, dass die Fliegerbar ansich eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage darstellt, wobei auch eine dementsprechende Genehmigung über Antrag erteilt wurde. Nicht übersehen werden darf jedoch, dass, wie bereits oben zitiert, auch eine Vielzahl anderer Bewilligungen vorliegen, auf die, um Wiederholungen zu vermeiden, ausdrücklich verwiesen wird, die ebenfalls Betriebsanlagen erforderlich machen und genehmigen. Deren Betriebsanlagen unterliegen jedoch nicht einer gewerberechtlichen Genehmigung im Sinne der Gewerbeordnung 1994, sondern sind, wie ebenfalls bereits oben ausgeführt wurde, gemäß § 2 Abs 1 Z 12 und Z 16 Gewerbeordnung ausdrücklich von den Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 ausgenommen. Hinzuweisen ist hier auch darauf, dass diese Betriebsstätten bereits vor bzw bei der behördlichen Bewilligung der Schirmbar bestanden haben und

dieser Umstand so auch in der gewerbetechnischen Stellungnahme in bezug auf Umgebungssituation und Schallemission im Genehmigungsverfahren festgehalten wurde. Insbesondere wurde dort abschließend festgestellt, eine isoliert betrachtete Schallemission praktisch nicht möglich ist und sich das Istmaß der Umgebung bei gleichzeitigem Betrieb des Gastgewerbebetriebes und des Betriebes der Flugschule am Landeplatz und Umgebung praktisch nicht verändert.

Die im Rahmen der Betriebsanlagengenehmigung erteilte Einschränkung hinsichtlich der Schirmbar betrifft daher ausschließlich diese bzw die von ihr umfassten Betriebsanlagen.

Der Bescheidinhalt kann jedoch keinesfalls so ausweitend interpretiert werden, dass hier auch Betriebsanlagen, die einer anderen Genehmigung, nämlich der luftfahrtrechtlichen, unterliegen, ebenfalls umfasst wären.

Die belangte Behörde irrt aber auch insofern, als sie davon ausgeht, dass aus der Wendung, wonach die Betriebszeit der Schirmbar bzw des Getränkestandes in der Regel von 9.00 Uhr bis 22.00 Uhr erstrecke, je nach Witterung und Jahreszeit aber auch kürzer sein könne, keinesfalls bedeuten könne, dass ein längerer Betrieb möglich wäre. Dieser Argumentation ist keinesfalls zu folgen, zumal dies aus dem Wortlaut nicht abzulesen ist und vielmehr mit einer Ausnahmeregelung für Flugsportveranstaltungen im gegenständlichen Betriebsanlagenbescheid sogar darauf hingewiesen ist. Sollten hier entgegen der Ansicht des Berufungswerbers Unklarheiten gegeben sein, so hat sich dies die Bescheid erstellende Behörde zurechnen zu lassen.

Die erkennende Behörde hat auch keinerlei Feststellungen darüber getroffen, wo sich angebliche Gäste konkret aufgehalten haben. Hier ist, wie oben bereits ausgeführt, zu differenzieren, ob sich diese an den drei Biertischgarnituren aufgehalten haben, die im Rahmen der Betriebsanlagengenehmigung für den Betrieb der Schirmbar aufgestellt wurden oder ob sich diese an den Tischen und Bänken befunden haben, die im Rahmen der weiteren luftfahrtrechtlichen bzw Veranstaltungsbewilligungen aufgestellt worden sind. Richtigerweise haben sich nämlich sämtliche Personen nicht im Gastgarten der Schirmbar, sondern im Kommunikations und Organisationszentrum der Flugschule und des Flugzentrums K., das unter die Veranstaltungsbewilligung des XYer Flugevent Sommers zu subsumieren ist.

Es hätte daher die belangte Behörde im Zweifel jedenfalls davon ausgehen müssen, dass sich diese Personen nicht im der Schirmbar zuzurechnenden Bereich aufgehalten haben, insbesondere als sie ausdrücklich im Rahmen der Stellungnahmen darauf hingewiesen wurde. Diesbezüglich wurden jedoch keine Erhebungen gepflogen, sodass auch keine dementsprechenden Feststellungen oder Beweisergebnisse vorhanden sind.

In Ermangelung dessen hätte die belangte Behörde im Zweifel davon ausgehen müssen, dass sich die Personen nicht im Bereich der Schirmbar, sondern im Bereich des Kommunikations und Organisationszentrums der Flugschule und des Flugzentrums XY aufgehalten haben, sodass diese nicht dem unter die Betriebsanlagengenehmigung laut Gewerbeordnung zu subsumieren und zum Teil zuzurechnen sind und daher das Verfahren einstellen müssen. Unrichtig ist aber auch der Vorwurf, dass sich am 7.8.2004 um 22.14 Uhr 7 bis 10 Personen an der Schirmbar aufgehalten haben. Es handelt sich dabei wohl um eine überschaubare Anzahl an Personen, die konkretisiert werden hätten können und müssen. So aber ist der Vorwurf der Tathandlung nicht hinreichend konkretisiert und nachprüfbar, dass keine Zweifel daran aufkommen können. Dies insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass es den Meldungslegern am 22.7.2004 scheinbar gelungen ist festzustellen, dass sich 22 Gäste an der Schirmbar aufgehalten hätten, was ebenfalls einer Zählung bedurft hat. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass auch bei richtiger Darstellung des Sachverhaltes eine Zählung nicht nur möglich, sondern zwingend notwendig gewesen wäre.

Das bekämpfte Straferkenntnis ist aber auch insofern unrichtig, als dem Beschuldigten vorgeworfen wird, dass sich am 22.7.2004 um 22.00 Uhr noch 22 Gäste an der Schirmbar aufgehalten haben. Wie dem Bescheid über die gewerberechtliche Betriebsanlage entnommen werden kann, erstreckt sich die Betriebszeit in der Regel von 9.00 Uhr

bis 22.00 Uhr. Es hat daher, insofern sich am 22.7.2004 um 22.00 Uhr noch Gäste an der Schirmbar aufgehalten hätten, keinerlei Übertretung stattgefunden, da ein Betrieb bis 22.00 Uhr jedenfalls zulässig ist. Es ist daher hinsichtlich dieses Tatbestandes dem Beschuldigten als Geschäftsführer der Flugschule K. GmbH keinerlei Vorwurf zu machen, da eine Überschreitung des betriebsanlagenrechtlich genehmigten Betriebes nicht stattgefunden hat.

Unrichtig ist aber auch die Strafbemessung, als die belangte Behörde von einem gravierenden Unrechtsgehalt ausgeht, zumal das gravierende an der Übertretung nicht nachvollzogen werden kann. Unbekannt ist auch, inwieweit drei einschlägige Strafvormerkungen zu berücksichtigen wären, zumal nach Erinnerung des Beschuldigten keine rechtskräftigen Straferkenntnisse vorliegen. Es liegen daher keinerlei Erschwernisgründe vor, denen aber mehrere Milderungsgründe gegenüberstehen.

So hat der Geschäftsführer der Flugschule K. GmbH bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt und steht der nunmehrige Tatvorwurf mit seinem sonstigen Verhalten in einem auffallenden Widerspruch. Darüber hinaus hat er die Handlungen nur deshalb begangen, da er der Ansicht war, zumal keine entsprechende Judikatur gegeben ist, dass ein Aufenthalt von Personen in Betriebsanlagen die aufgrund einer Genehmigung der Betriebsanlagen gemäß dem Luftfahrtgesetz zumindest als Hilfsbetrieb zulässig und dann natürlich nicht unter eine vorliegende Genehmigung nach der Gewerbeordnung zu subsumieren ist, da auch eine entsprechende räumliche Trennung vorliegt. Insbesondere hat diese Ansicht auch die Tatsache untermauert, dass mehrere ähnliche Anbringungen und Erhebungen im Sommer 2003 ohne weitere Konsequenzen seitens der Behörde blieben. Diese Umstände kommen einem Schuldausschließungs oder Rechtfertigungsgrund nahe, wie diese Umstände schlechtestenfalls als ein die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum zu qualifizieren sind. Es überwiegen daher bei weitem die Milderungsgründe, sodass es sowohl aus general wie auch spezialpräventiven Gründen keinesfalls einer Strafe in der festgesetzten Höhe bedarf, sondern von einer außerordentlichen Milderung der Strafe im Sinne des § 20 VStG auszugehen ist, sodass gemäß § 21 VStG von der Verhängung einer Strafe zur Gänze abgesehen werden kann.?

Zu II. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-61-2004 (gleich uvs-2005/22/860):

Der oben bezeichnete Bescheid wird seinen gesamten Inhalt nach angefochten und zwar wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, mangelhafter Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung.

1. Sachverhaltsdarstellung:

Der Flugschule K. GmbH wurde mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 20.3.2000 zur Zahl 2.1 A-89/23 eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung zum Betrieb einer Schirmbar am Drachenflug und Paragleiterlandeplatz XY in XY auf Grundstück Nr 3.909 bewilligt.

Die Flugschule K. GmbH ist weiters auch Inhaber einer Bewilligung zur gewerblichen Ausbildung von Sonderpiloten für Hänge und Paragleiter gemäß Bescheid des österreichischen Aero Clubs vom 17.2.1997 zur Aktenzahl 16-007/A/2-97.

Ebenso besitzt die Flugschule K. GmbH die Berechtigung zur gewerbsmäßigen Beförderung von Personen und Sachen im Bedarfsverkehr (Bedarfsunternehmen) mit doppelsitzigen Paragleitern gemäß Bescheid des Bundesministeriums für öffentliche Wirtschaft und Verkehr vom 1.7.1993 zur PR. Zahl 42.114/11-8/93, sowie eine Luftfahrzeugvermietungsbewilligung gemäß Bescheid des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 2.7.1994 unter der Geschäftszahl IIb2-Sch-125/47-1994, welche die luftfahrtrechtliche Berechtigung zur gewerbsmäßigen Vermietung von 20 Paragleitern umfasst. Weiters besitzt sie auch einen handelsrechtlichen Gewerbeschein gemäß § 124 Z 11 Gewerbeordnung, beschränkt auf den Einzelhandel mit Hängegleitern und Paragleitern, deren Ersatzteilen und Zubehör sowie einschlägigen Ausrüstungsgegenständen, datiert vom 12.12.1994 zur Geschäftszahl 2-9149/3 der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel. Die Flugschule K. GmbH hat weiters einen XYer Flugevent Sommer als Veranstaltung beim Gemeindeamt XY angemeldet, wobei keine Untersagung erfolgte, sondern eine Anmeldebescheinigung, datiert vom 22.3.2004 zur Zahl 920-6-KR, vom Gemeindeamtes XY ausgestellt erhielt.

Dem Beschwerdeführer wird nunmehr im Rahmen des Straferkenntnisses vorgeworfen, dass neben den drei im Rahmen des gewerberechtlichen Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel genehmigten Aufstellung von drei Biertischgarnituren sechs Biertischgarnituren und zusätzlich angrenzend am unbefestigten Rasenbereich 13 weitere Biertischgarnituren aufgestellt waren, wie zum Zeitpunkt der Überprüfung Hintergrundmusik lief. Im Bereich des Lagergebäudes wäre ein Gasverbrauchsgerät, nämlich ein Gasheizpilz, zur Aufstellung gelangt, wie auch weitere Einrichtungen, die vom Genehmigungsumfang des gewerberechtlichen Bescheides nicht umfasst wären, und zwar ein Kühlraum, die Aufstellung von mehreren zusätzlichen Kühl und Tiefkühlgeräten und die Erweiterung der Lagerbereiche, wie auch ein zusätzliches Zelt vorhanden war, in dem weitere Biertischgarnituren zur Aufstellung gelangten.

Der Berufungswerber hätte als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Flugschule K. GmbH, sohin zumindest am 31.8.2004, eine Anlage betrieben, ohne dass die hiefür entsprechende Betriebsanlagengenehmigung vorgelegen wäre, weshalb er gemäß § 366 Abs 1 Z 3 iVm § 81 Abs 1 und § 74 Abs 2 Z 1 und 2 der Gewerbeordnung 1994 eine Verwaltungsübertretung begangen habe und weshalb über ihn eine Geldstrafe in Höhe von Euro 600,00 und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 144 Tagen verhängt wurde, wobei er ferner auch die Kosten in Höhe von Euro 60,00.gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetzes zu bezahlen habe

2. Berufungsgründe:

a) Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften:

Die Erstbehörde hat gemäß § 39 Abs 2 AVG von Amts wegen bei der Ermittlung des Sachverhaltes vorzugehen, was bedeutet, dass die Erstbehörde von sich aus für die Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise zu sorgen hat. Diesem Erfordernis ist die belangte Behörde jedoch nicht nachgekommen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, wenn sie auf Seite 5, Absatz 3 des bekämpften Bescheides ausführt: Hinsichtlich der Behauptung, dass das Zelt nur vorübergehend aufgestellt gewesen sei, bleibt man den entsprechenden Beweis schuldig. Die Behörde musste daher davon ausgehen, dass es sich bei dem Zelt um eine für den Zeitraum der Flugsaison zusätzlich eingerichtete, betriebsanlagenrechtlich nicht genehmigte Verabreichungseinheit handelte.

Wie bereits im Rahmen einer Stellungnahme vom Beschuldigten dargelegt, stand dieses Zelt auch zum Zeitpunkt der Überprüfung weit ab von der Fliegerbar und gehörte schon aufgrund der örtlichen Gegebenheit nicht zur Betriebsanlage, zumal hier eine klare und deutliche örtliche Trennung erfolgte. Dieses Zelt diente im Rahmen einer Fliegerhochzeit am Landeplatz als Standesamt, in dem der Standesbeamte der Gemeinde XY die Eheschließung durchführte. Das Zelt war nur kurzfristig dort aufgestellt und ist unmittelbar danach vom Eigentümer des Zeltes, einem Zeltverleih, wieder abgebaut worden. Es war zu keinem Zeitpunkt ein Zusammenhang zwischen der von der Flugschule XY GmbH betriebenen Fliegerbar und dem Zelt gegeben, wie auch die Flugschule K. GmbH weder eine Dispositionsbefugnis über den Auf oder Abbau oder den Standard des Zeltes hatte. Die belangte Behörde hat jedoch ohne etwaige Nachforschungen, etwa durch Nachfrage beim Standesamt, des Zeltverleihes, etc in unqualifizierter Weise eine Zurechnung dieses Zeltes zum Betrieb der Fliegerbar vorgenommen, wobei sich auch noch in gesetzeswidriger Weise die Beweislast die zweifelsfrei ihr obliegt dem Beschuldigten auflastet.

Die belangte Behörde hätte aber in diesem Zusammenhang, insoweit für sie Unklarheiten bestehen, jedenfalls dem Beschwerdeführer gemäß § 45 AVG auch die Möglichkeit einer Stellungnahme geben müssen, damit von diesem allfällige Zweifel etwa eben durch Hinweise oder Anregungen abgegeben werden können, etwa dass Auftraggeber bzw das Brautpaar vom Standesamt XY erfragt werden könne.

Die belangte Behörde hat es jedoch auch zur Gänze unterlassen, Erhebungen durchzuführen und Feststellungen darüber zu treffen, inwieweit die über den genehmigten Umfang von drei Biertischgarnituren hinaus aufgestellten Biertischgarnituren am 31.8.2004 im Rahmen des Barbetriebes, also zur Einnahme von Speisen und Getränken, verwendet worden sind. Tatsächlich hat es eine dementsprechende Verwendung zum damaligen Zeitpunkt nicht gegeben, wie auch keine dementsprechenden Beweisergebnisse vorliegen. Im Hinblick auf die Argumentation des Berufungswerbers hätte daher die belangte Behörde auch dementsprechende Erhebungen, aufgrund derer auch

entsprechende Feststellungen getroffen werden können, gemäß § 39 Abs 2 AVG von Amts wegen durchzuführen gehabt. Derartige Erhebungen wurden nicht gepflogen, sodass auch aus diesem Grund der bekämpfte Bescheid mangelhaft geblieben ist.

Aus all diesen Gründen ist das Verfahren mangelhaft geblieben und der Bescheid sohin mit Rechtswidrigkeit behaftet.

b) Mangelhafte Beweiswürdigung:

Die belangte Behörde stellt im Rahmen der Beweiswürdigung argumentative Querverbindungen zwischen Aussagen des Beschuldigten und Feststellungen her, die jedoch aus dem Zusammenhang gerissen werden und andererseits auch nicht den Tatsachen entsprechen. Keinesfalls kann aus der Anmerkung, dass sich die Fliegerbar besonderer Beliebtheit erfreut und daher mehr Getränke und Verpflegung und daher eine Verbesserung und Optimierung der Lagerräumlichkeiten erforderlich gewesen sei, ein Zusammenhang zwischen der gastgewerblichen Tätigkeit im Zuge des Betriebes der Fliegerbar und den Erweiterungsmaßnahmen hergestellt werden. Dieser Umstand kann daher auch nicht Grund für eine Annahme bilden, dass auch mit der spruchgegenständlichen Vermehrung der Verabreichungsplätze dem erhöhten Gästeaufkommen Rechnung getragen wurde.

Die belangte Behörde übersieht in diesem Zusammenhang, dass, wie bereits auch in der Sachverhaltsdarstellung ausgeführt, die Flugschule K. GmbH zahlreiche Bewilligungen besitzt, nämlich eine Ausbildungsbewilligung, eine Beförderungsbewilligung, eine Vermietungsbewilligung eine Bewilligung zur Durchführung des Handels und eine gewerberechtliche Betriebsanlagengenehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Schirmbar.

Die Schirmbar befindet sich dabei am neuen Landeplatz der Paragleiter in XY, der ursprünglich nur von Drachenfliegern und wie alles neue von den Paragleiterpiloten eher wenig beachtet worden ist zumal sich der ursprüngliche Landeplatz in unmittelbarer Nähe der Talstation der Unterbergbahnen befand. Es musste sich daher dieser Landeplatz erst etablieren, sodass erst hierdurch eine Änderung der Pilotenfrequenz stattfand. Man irrt jedoch seitens der Behörde, wenn daraus der Schluss gezogen wird, dass sich damit auch die Frequenz des Barbetriebes ansich geändert hat.

So beinhaltet etwa die Bewilligung zur gewerberechtlichen Ausbildung von Sonderpiloten für Hänge und Paragleiter etwa auch zur Durchführung von Nachschulungen, Weiterbildungen von Piloten, sonst gewerbsmäßig durchgeführten Lehrgängen etc Für die Ausübung dieser Tätigkeiten ist es naturgemäß erforderlich, dass entsprechende Möglichkeiten vorhanden sind, die die Durchführung derartiger Lehrgänge etc ermöglichen.

Der steigenden Beliebtheit des Landeplatzes XY wurde seitens der Flugschule K. GmbH insofern Rechnung getragen, als man hier auch mehrere Sitzmöglichkeiten geschaffen hat, um etwa Aus und Fortbildungen durchführen zu können. Darüber hinaus werden dem Piloten Wetterinformationen und auch sonstige Gefahreninformationen im Bereich des Landeplatzes erteilt, da ein Flug üblicherweise mit der Besichtigung des Landeplatzes beginnt, um Informationen über die Landeeinteilung, besondere Flugregeln, die auf örtliche Gegebenheiten Bedacht nehmen, einzuholen.

Im Rahmen dieser Tätigkeit war es daher erforderlich, dass seitens der Flugschule K. GmbH diesen Piloten, um eine ordentliche Vorbereitung eines Fluges durchführen zu können, eben auch Sitzmöglichkeiten geschaffen werden. Darin bereits eine Vermehrung der Verabreichungsplätze zur Einnahme von Speisen und Getränken zu sehen, entspricht nicht den Tatsachen, wie auch seitens der belangten Behörde keinerlei Feststellungen getroffen worden sind, ob auch tatsächlich diese Plätze zur Verabreichung von Speisen und Getränken im Rahmen des Barbetriebes genutzt wurden. Dies war nämlich ebenso wenig der Fall, wie die Annahme der Behörde, dass die Aufstellung von Sitzgelegenheiten und Tischen Verabreichungsplätze darstellen würden, mit denen einem erhöhten Gästeaufkommen (damit gemeint Gästeaufkommen des Barbetriebes) Rechnung zu getragen würde. Gleiches gilt auch für die im Rahmen des Tandemunternehmens der Flugschule K. GmbH durchgeführten Tandemparagleiterflüge, wo die Sitzgelegenheiten für Passagiere und Angehörige dienen, die sich regelmäßig am Landeplatz aufhalten, um mit Spannung das Eintreffen der Flieger zu erwarten.

Die Sitzgelegenheiten werden ebenso auch zur Vermietung von Gleitschirmen und Ausrüstung verwendet, wie auch Verkaufsberatung und Beratung in Versicherungsangelegenheiten dort durchgeführt werden.

Es kann daher keinesfalls der belangten Behörde gefolgt werden, wenn diese in der Errichtung von Sitzgelegenheiten ausschließlich das Errichten von Verabreichungsplätzen sieht, zumal sich die belangte Behörde auch nicht mit den

wesentlichen Argumenten, die vom Berufungswerber vorgebracht worden sind, auseinandersetzt. Das Verfahren ist daher auch aus diesem Grund bereits mangelhaft geblieben.

Die belangte Behörde hat es jedoch auch zur Gänze unterlassen, Feststellungen darüber zu treffen, inwieweit die über den genehmigten Umfang von drei Biertischgarnituren hinaus aufgestellten Biertischgarnituren am 31.8.2004 im Rahmen des Barbetriebes, also zur Einnahme von Speisen und Getränken, verwendet worden sind. Tatsächlich hat es eine dementsprechende Verwendung zum damaligen Zeitpunkt nicht gegeben, wie auch keine dementsprechenden Beweisergebnisse vorliegen. Dass sich die belangte Behörde jedoch nicht mit den in diesem Zusammenhang getätigten Aussagen und Behauptungen des Beschuldigten auseinandergesetzt hat, macht den Bescheid rechtswidrig.

Wie von der belangten Behörde festgestellt wurde, ist laut Genehmigungsumfang des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides Hintergrundmusik ausschließlich zum Zweck der Unterhaltung der Gäste an dem Getränkestand vorerst nicht vorgesehen.

Am Erhebungstag herrschte nach Ansicht des Prüfers kein Flugbetrieb, sodass die Beschallung offensichtlich nur der Unterhaltung der Gäste am Getränkestand diente.

Bei dem Begriff offensichtlich handelt es sich um einen unbestimmten Begriff, der keinerlei Rückschlüsse darüber zulässt, ob eine Hintergrundmusik vorhanden war, die der ausschließlichen Unterhaltung der Gäste am Getränkestand diente. Es liegt daher keine bzw nur eine Scheinbegründung vor, sodass die belangte Behörde den Bescheid auch in diesem Punkt nicht gesetzeskonform ausgeführt hat. Wie aus dem Genehmigungsbescheid zutreffend entnommen wurde, ist eine Hintergrundmusik die ausschließlich damit ist gemeint nur zum Zwecke der Unterhaltung der Gäste dient, nicht vorgesehen. Diesem Umstand wurde auch Rechnung getragen und hat auch zum Vorfallszeitpunkt eine Beschallung nicht ausschließlich zum Zwecke der Unterhaltung stattgefunden, sondern wurde die Anlage für eine Veranstaltung im Rahmen des K. Flugevent Sommer verwendet. Es wäre daher an der belangten Behörde gelegen, die wie bereits oben zitiert, gemäß § 39 Abs 2 AVG von Amts wegen verpflichtet wäre, den notwendigen Sachverhalt zu ermitteln, festzustellen und zu ermitteln, ob die Lautsprecheranlage ausschließlich und nur zu Unterhaltszwecken verwendet worden ist.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass selbst wenn zum Zeitpunkt der Überprüfung kein Flieger in der Luft war, daraus kein Rückschluss über die Notwendigkeit der Erteilung von Informationen gezogen werden kann. Gerade dieser Umstand, dass zweifelhafte Wetterbdingungen vorhanden waren, macht es nämlich erforderlich, Piloten auf die örtlichen Gegebenheiten und die damit verbundenen Gefahren hinzuweisen, sodass gerade deshalb ein erhöhter Bedarf an wetter und flugbetrieblichen Informationen gegeben ist. Da es die belangte Behörde unterlassen hat, überhaupt eine Feststellung darüber zu treffen, ob die Beschallung zum Zwecke der Unterhaltung stattfand, wobei offensichtlich, wie dargelegt, ein unbestimmter Gesetzesbegriff ist, der keine entsprechende Begründung darstellt, noch ob die Beschallung ausschließlich zum Zwecke der Unterhaltung stattfand, ist das Straferkenntnis auch in diesem Punkt mangelhaft geblieben.

Unrichtig ist auch die Argumentation der belangten Behörde, dass der Beschuldigtenvertreter nicht ausschließe, dass die durchgeführten Änderungen der Betriebsanlage zuzurechnen wären und lediglich darauf verwiesen werde, dass diese genehmigungsfrei seien (Bescheid Seite 5, 2. Absatz).

Diese Schlussfolgerung ist unrichtig, anderenfalls jegliche Argumentation, die im Rahmen der Stellungnahme vom 28.10.2004 stattgefunden hat, von vornherein sinnlos wäre und ins Leere ginge. Die Errichtung der nunmehr im Straferkenntnis der Berufungswerber vorgeworfenen Anlagen und Einrichtungen sind wie bereits anlässlich der Stellungnahme vom 28.10.2004 ausgeführt wurde nicht dem Betrieb der Schirmbar zuzurechnen und unterliegen daher schon auch aus diesem Grund der Gewerbeordnung, weshalb sie auch einer gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung nicht bedürfen. Doch selbst wenn man eine gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung für erforderlich erachten würde, würden diese Änderungen unter Bedachtnahme auf den Zeitpunkt der Änderung im Mai 2002, und der damals gültigen Gesetzeslage nicht als Änderung des Charakters einerAnlage gemäß § 359b Gewerbeordnung zu qualifizieren sein. Es wäre daher, würde man selbst dieser Ansicht

folgen, eine Erweiterung des Betriebsumfanges in diesem Ausmaß und zu diesem Zeitpunkt nicht genehmigungs und anzeigepflichtig. Aus dieser Argumentation kann daher auch nicht der von der belangten Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung gezogene Schluss gezogen werden, dass nicht ausgeschlossen würde, dass die durchgeführten Änderungen der Betriebsanlage zuzurechnen wären.

Die Beweiswürdigung der belangten Behörde ist daher zum Teil nicht nur falsch, sondern auch nicht vorhanden. Das Straferkenntnis ist daher mit Rechtswidrigkeit behaftet.

c) Unrichtige rechtliche Beurteilung:

Der angefochtene Bescheid ist aber auch mit materieller Rechtswidrigkeit behaftet.

Die belangte Behörde verkennt im großen Stil die vorherrschende und von ihr zu beurteilende Rechtslage, indem sie ausschließlich einen Schnittpunkt zwischen Gewerberecht und Veranstaltungsrecht sieht. Die von ihr zitierte Entscheidung VwGH 17.4.1998 (96/04/0221) befasst sich daher auch lediglich mit diesem Schnittpunkt, nicht jedoch mit dem Umstand, dass es zu einem Schnittpunkt von mehreren gewerbebehördlichen nämlich der Gewerbebehörde nach der Gewerbeordnung und der Luftfahrtbehörde nach dem Luftfahrtgesetz Genehmigungen kommt bzw kommen kann.

So sind hier konkret nicht nur gewerberechtliche Bestimmungen im Sinne der Gewerbeordnung zu prüfen im Vergleich zu einer veranstaltungsrechtlichen Bewilligungen, sondern insbesondere auch die der Flugschule K. GmbH erteilte Bewilligung, nämlich die Ausbildungsbewilligung und die Betriebsaufnahmebewilligung gemäß §§ 42 und 44 LFG (Bescheid des Österreichischen Aero Club vom 17.2.1997 zur Aktenzahl 16-007/A/2-97), die Genehmigung zur gewerbsmäßigen Beförderung von Personen und Sachen im Bedarfsverkehr (Bedarfsunternehmen) mit doppelsitzigen Paragleitern des Bundesministeriums für öffentliche Wirtschaft und Verkehr vom 1. Juli 1993 zu Pr Zl 42.114/11-8/93, die Luftfahrzeugvermietungsbewilligung gemäß Bescheid des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 2.7.1994 unter der Geschäftszahl IIb2-Sch-125/47-1994 und auch die Ausübung eines Gewerbes gem. Gewerbescheines, der die Flugschule K. GmbH zum Betrieb des Handelsgewerbes gemäß § 124 Z 11 Gewerbeordnung 1994, beschränkt auf den Einzelhandel mit Hängegleitern, Paragleitern, deren Ersatzteilen und Zubehör, sowie einschlägigen Ausrüstungsgegenständen, datiert vom 12.12.1994 zur Geschäftszahl 2-9149/3 der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel, berechtigt.

Die Erteilung einer Betriebsaufnahmebewilligung im Sinne des § 44 LFG macht es erforderlich, dass unter anderem über die nötigen technischen Einrichtungen und Unterrichtsräume verfügt (§ 44 Abs 2 lit a LFG).

Für den Betrieb eines Luftverkehrsunternehmens, wobei der Begriff in § 101 LFG definiert wird, dürfen, wie von der belangten Behörde zutreffender Weise richtig zitiert wurde, gemäß § 103 Hilfsbetriebe geführt werden, die unmittelbar und ausschließlich den Verkehrsaufgaben des selben Unternehmens dienen. Dazu zählt insbesondere auch der Landeplatz der Flugschule, der entgegen der Ansicht der belangten Behörde bei richtiger rechtlicher Beurteilung nicht als Zivilflugplatz zu qualifizieren ist. Gemäß § 2 Abs 1 Z 12 und Z 16 Gewerbeordnung sind diese Luftfahrtbetriebe und deren Hilfsbetriebe ausdrücklich von den Bestimmungen der Gewerbeordnung ausgenommen.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte daher die belangte Behörde zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass die operativen Betriebsstätten für alle luftfahrtrechtlichen Konzessionen der Flugschule K. GmbH am Landeplatz XY XY untergebracht sind und zu deren Betriebsauübung dienen. Hinzuweisen ist auch darauf, dass diese Betriebsstätten bereits vor bzw bei der behördlichen Bewilligung der Schirmbar bestanden haben und dieser Umstand so auch in der gewerbetechnischen Stellungnahme in Bezug auf Umgebungssituation und Schallemission im Genehmigungsverfahren festgehalten wurde.

Die Flugschule K. GmbH hat als Ausbildungsunternehmen, um diese Tätigkeit durchführen zu können, direkt und indirekt für den gesamten Hänge und Paragleiterflugbetrieb im behördlich zugewiesenen Schul und Übungsbereich der Flugschule K., Flugbewilligungen gemäß § 56a Abs 3 LVR zu erteilen. Dabei steht insbesondere der Sicherheitsaspekt im Vordergrund, der im engen Zusammenhang mit § 5 LVR (Flugvorbereitung) zu sehen ist. Zu diesem Zweck müssen den Flugsportlern jederzeit profunde Luftfahrtinformationen, wie etwa Flugrouten und Gefahrenhinweise, sowie neueste Wettermeldungen und Wettervorhersagen angeboten werden.

Gerade dazu werden, ausgenommen der drei mit der Schirmbar konzessionierten Tische samt Bänken, sämtliche weiteren im bekämpften Bescheid genannten Tische und Bänke verwendet, die von Besuchern und Zuschauern der Landewiese, die der Flugschule und dem Flugzentrum K. zuzuordnen sind, als Kommunikations und Organisationszentrum, sowie zur Vorbereitung und Durchführung von Luftfahrtveranstaltungen mit entsprechenden Rahmenprogrammen frequentiert werden.

Gleiches gilt auch für die angeführten Lautsprecherboxen, aus denen gelegentlich Musik abgestrahlt wird. Diese dienen im Wesentlichen für diverse Veranstaltungen am Landeplatz und sind daher der Einrichtung des Landeplatzes und nicht dem Barbetrieb zuzurechnen.

Ebenso handelt es sich bei dem Gasheizpilz um ein Hilfsmittel der Flugschule K. GmbH als Ausbildungs und Beförderungsbetrieb. Einerseits handelt es sich dabei um ein handelsübliches Gerät, das andererseits ausschließlich dazu verwendet wird, dass sich die Flugsportler bzw Passagieren nach langem und besonders hohem Paragleiterflügen wiederum zum aufwärmen könne. Zu diesem Zweck muss sich das Gerät natürlich am Landeplatz ebenso wie andere Gerätschaften, die von der belangten Behörde nicht beanstandet wurden abgestellt werden. Für den Betrieb der Fliegerbar wird das Gerät nicht verwendet.

Dem Vorwurf der Verwendung weiterer Kühlgeräte ist entgegenzuhalten, dass sich diese Geräte im betriebsanlagengenehmigten Lagerraum befinden, wobei es sich ausnahmslos um Geräte handelt, die einerseits im Haushalt Verwendung finden und andererseits von der Brauerei A. zur Verfügung gestellt wurden. Der im Prüfbericht genannte Kühlraum ist eigentlich eine Kühlzelle, welche von einer früheren Selche zweckmäßigkeitshalber als solche umgebaut wurde. Sie hat ein Ausmaß von etwa 1,20 mal 2 Metern und bedarf aufgrund der geringen Größe keiner besonderen technischen Bewilligung. Auch das von der belangten Behörde angesprochene Zelt ist nicht der Betriebsanlage der Schirmbar zuzurechnen. Bereits aufgrund der örtlichen Entfernung ergibt sich eine räumliche Trennung vom Gastgewerbebetrieb, sodass diese nicht der Betriebsanlage zuzurechnen ist. Dieses Zelt wurde von einem Dritten temporär zur Durchführung einer Hochzeit am Landeplatz aufgestellt und war daher nur kurzfristig vorhanden.

Es ist daher eine strikte Trennung von den Betriebsanlagen, die im Rahmen des Luftfahrtgesetzes genehmigt worden sind und nicht der gewerberechtlichen Bewilligung unterliegen, und den gewerberechtlichen Betriebsanlagen zu treffen.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte daher die belangte Behörde zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass es sich bei den Betriebsstätten, sofern es sich nicht um unmittelbar im Rahmen der Erteilung von luftfahrtrechtlichen Bewilligungen bewilligte Betriebsstätten handelt, diese als Hilfsbetriebe des Luftfahrt und Ausbildungsbetriebs im Sinne des § 42 Abs 1 sowie des § 103 Abs 1 LFG zu qualifizieren sind. Eine Änderung des Bescheides über die bewilligte Betriebsanlage zur Errichtung und zum Betrieb der Schirmbar, bedurfte es daher schon aus diesem Grund nicht.

Doch selbst wenn man dieser Rechtsansicht nicht folgt, ist die Rechtsansicht der belangten Behörde unter Bedachtnahme auf den Umstand, dass die Änderungen, ausgenommen das aufstellen des Zeltes, bereits im Mai 2002 getätigt worden sind, verfehlt. Gemäß § 81 Abs 2 Z 7 Gewerbeordnung 1994 stellen die dem Beschuldigten vorgeworfenen Änderung keine Änderung des Charakters einer § 359b der Gewerbeordnung unterliegende Anlage dar und sind daher auch nicht bewilligungspflichtig. Es war daher die damals vorgenommene Erweiterung des Betriebsumfanges im nunmehr inkriminierten Ausmaß nicht genehmigungs und anzeigepflichtig, sodass diese Änderungen rechtmäßig durchgeführt wurden (VfGH vom 5.3.2003, G 210/02).

Beweis: PV

weitere Beweise vorbehalten

Unrichtig ist aber auch die Strafbemessung, als die belangte Behörde von einem gravierenden Unrechtsgehalt ausgeht, zumal das gravierende an der Übertretung nicht nachvollzogen werden kann. Unbekannt ist auch, inwieweit drei einschlägige Strafvormerkungen zu berücksichtigen wären, zumal nach Erinnerung des Beschuldigten keine rechtskräftigen Straferkenntnisse vorliegen. Es liegen daher keinerlei Erschwernisgründe vor, denen aber mehrere Milderungsgründe gegenüberstehen.

So hat der Geschäftsführer der Flugschule K. GmbH bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt und steht der nunmehrige Tatvorwurf mit seinem sonstigen Verhalten in einem auffallenden Widerspruch. Darüber hinaus hat er die Handlungen nur deshalb begangen, da er der Ansicht war, zumal keine entsprechende Judikatur gegeben ist, dass die Erweiterung der Betriebsanlagen einerseits nicht genehmigungs bzw anzeigebedürftig wäre, da sie einerseits als Hilfsbetriebe im Rahmen der luftfahrtrechtlichen Bewilligungen zu sehen wären und andererseits, selbst wenn sie unter einer Betriebsanlage im Sinne der Gewerbeordnung 1994 zu subsumieren wären, diese Änderung nicht als Änderung des Charakters einer § 359b Gewerbeordnung unterliegenden Anlage zu subsumieren wären, sodass diese Umstände einem Schuldausschließungs oder Rechtfertigungsgrund nahe kommen, wie auch dieser Umstand allenfalls unter die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum begangen hat.

Es überwiegen daher bei weitem die Milderungsgründe, sodass es sowohl aus general wie auch spezialpräventiven Gründen keinesfalls einer Strafe in der festgesetzten Höhe bedarf, sondern von einer außerordentlichen Milderung der Strafe im Sinne des § 20 VStG auszugehen ist, sodass gemäß § 21 VStG von der Verhängung einer Strafe zur Gänze abgesehen werden kann.?

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Akt, Einvernahme des Beschuldigten sowie der Zeugen H. T., GP E., M. S. und F. F. beide Gp K., E. A. und R. H., Einsichtnahme in die Beilagen zur Verhandlungsniederschrift vom 10.05.2005, Einsichtnahme in die ergänzende Stellungnahme des gewerbetechnischen Sachverständigen 04.05.2005, Einsichtnahme in die per e mail vom 11. Mai 2005 übermittelten Fotos und Durchführung eines Lokalaugenscheines bei der F. Bar in XY.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

A) Sachverhalt:

1. Sachverhaltsfeststellungen zu beiden angefochtenen Straferkenntnissen:

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht nachfolgender, für beide Straferkenntnisse entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen fest.

Der Berufungswerber ist gewerberechtlicher Geschäftführer der Flugschule K. Gesellschaft mbH in XY. Der Drachenflug und Paragleiterlandeplatz der Flugschule befindet sich auf dem sogenannten XY in XY. Die Flugschule besteht seit dem Jahre 1976 und wurde sukzessive erweitert, so kamen zB 1986 auch die Paragleiter hinzu. An einem guten Flugtag finden so ca 1000 Flugbewegungen, das heißt Landungen von Hänge und Paragleitern, statt.

Die Flugschule K. Gesellschaft mbH betreibt mehrere Geschäftszweige, darunter eine Flugschule (Ausbildungsunternehmung), eine Beförderungs und Vermietungsunternehmung mit Paragleitern, einen Handel mit Flugsportgeräten und Zubehör, eine Versicherungsagentur für Flugsportversicherungen und den Betrieb der gegenständlichen Schirmbar (gleich Fliegerbar).

Dieser Gesellschaft wurde mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 20.03.2000, Zahl 3.1 A-89/23, die gewerbebehördliche Betriebsanlagengenehmigung (Feststellungsbescheid gemäß § 359b Abs 1 GewO 1994) zur Errichtung und zum Betrieb einer Schirmbar (gleich Fliegerbar) in Holzkonstruktion samt Lagergebäude am Drachenflug und Paragleiterlandeplatz XY in 6345 XY, auf der Gp. 3909, KG XY, erteilt.

Als Motiv für die Antragstellung gibt der Berufungswerber selbst an, dass eine entsprechende Nachfrage nach Getränken und Imbissen bestanden habe (vgl die Einvernahme anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 10.05.2005).

Der Technischen Beschreibung des gewerbebehördlichen Genehmigungsbescheides, Seite 2f, samt der dazugehörigen Projektbeschreibung (und Ergänzung vom 08.03.2000) ist (zusammenfassend) zu entnehmen:

Die Schirmbar selbst befindet sich vor einem kleineren Gebäude, in welchem ein Lager sowie die WC Anlagen eingerichtet sind.

Die Schirmbar in Holzkonstruktion steht auf einem mit Betonplatten befestigten Bereich. Um die Bar sind Barhocker angeordnet. Weiters wurde mit diesem Bescheid die zusätzliche Aufstellung von drei Biertischgarnituren auf der befestigten Fläche bewilligt und außerdem festgestellt, dass Hintergrundmusik ausschließlich zum Zwecke der Unterhaltung der Gäste an dem Getränkestand vorerst nicht vorgesehen ist.

Die Betriebsanlage ist vom umgebenden Gelände (Wiese) nur durch eine bruchstückhafte Einzäunung (2 ca 1,5 Meter lange Zaunteile/Paravents nach Süden, eine rudimentäre Abzäunung gegen Westen) abgegrenzt. Das Gelände vor der Fliegerbar ist von der Straße durch einen Parkstreifen mit anschließendem Zaun abgegrenzt. Zu den Nachbarobjekten (T. 33, 39 und 40) besteht ebenfalls eine Abgrenzung in Form von Holz bzw Naturzäunen und Werbebanden.

Die Betriebszeit der Schirmbar bzw des Getränkestandes erstreckt sich in der Regel von 09.00 Uhr bis 22.00 Uhr, je nach Witterung und Jahreszeit kann sie aber auch kürzer sein.

Auf dem Areal der Flugschule finden von Anfang April bis Oktober eines jeden Jahres zahlreiche Veranstaltungen statt. So hat der Berufungswerber auch für das Jahr 2004 für den Zeitraum 01.04. bis 01.10., jeweils Freitag bis Sonntag, sowie am Donnerstag 20.5. und 10.6., die Veranstaltung XYer Flug Event Sommer, Veranstaltungsort Unterberg-Landeplatz XY und Fliegerbar beim Bürgermeister der Gemeinde K. als zuständige Behörde nach dem Tiroler Veranstaltungsgesetz 2003 angemeldet (vgl die Anmeldebescheinigung vom 22.03.2004).

Das Veranstaltungsende wurde dabei mit den Worten ?betr. Flugsport bis 24.00 Uhr, Beförderungs/Vermietungsunternehmen? umschrieben.

2. a) spezielle Sachverhaltsfeststellungen zu I. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-47-2004 (= uvs-2005/22/0859), Vorwurf der konsenslosen Überschreitung der Betriebszeit:

Vorgeworfen wurde eine Überschreitung der genehmigten Betriebszeit an folgenden Tagen:

am 22.07.2004 (kurz nach 22.00 Uhr noch 22 Gästen)

am 23.07.2004 (noch um 22.23 Uhr 10 Gästen)

am 07. 08.2004 (noch um 22.14 Uhr 7 - 10 Gästen).

Dazu hat das ergänzende Ermittlungsverfahren zur Überschreitung der Betriebszeit am 22.07.2004 ergeben, dass dieser Tatvorwurf nicht aufrechterhalten werden kann. Wenngleich die Berufungsbehörde im Einklang mit der Behörde I. Instanz wohl eher davon ausgeht, dass auch noch ?kurz nach 22.00 Uhr? Personen der Aufenthalt an der Schirmbar gestattet wurde (der Vorwurf, auch noch Aufräumarbeiten durchgeführt zuhaben, wurde nicht erhoben), konnte sich der Meldungsleger, der die Anzeige exakt auf 22.00 Uhr eingeschränkt hat, anlässlich der mündlichen Verhandlung im Gegensatz zu seinen Kollegen an den anderen Überprüfungsterminen an kein einziges, konkretes Faktum mehr erinnern und war daher im Zweifel dieser Tatvorwurf zu eliminieren. An den beiden anderen Tagen wurde die Betriebsanlage unzweifelhaft auch nach 22.00 Uhr betrieben. Insbesondere wurde seitens der Meldungsleger beobachtet, dass sich zu den angegebenen Zeitpunkten jedenfalls Personen (auch) an der ?Fliegerbar? aufgehalten haben. Die diesbezüglichen Angaben der Meldungsleger wurden auch vom Berufungswerber anlässlich der mündlichen Verhandlung nicht mehr in Zweifel gezogen.

2. b) spezielle Sachverhaltsfeststellungen zu II. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-61-2004 (= uvs-2005/22/860): Vorwurf der konsenslosen Erweiterung der Betriebsanlage:

Zum Zeitpunkt der Überprüfung durch den gewerbetechnischen Sachverständigen Ing. Berger am Dienstag, 31.08.2004, befanden sich auf der befestigten Fläche um die Schirmbar 6 Biertischgarnituren (anstatt der genehmigten 3 Biertische), auf dem Gelände (Wiese) vor der Schirmbar 13 weitere Biertischgarnituren. Weiters wurde zum Zeitpunkt der Überprüfung Hintergrundmusik über die am WC- und Lagergebäude befindlichen Lautsprecherboxen wiedergegeben. Ebenfalls konnte festgestellt werden, dass im Bereich des Lagergebäudes ein weiters Gasverbrauchsgerät zur Aufstellung gelangte (Gasheizpilz), in dem ein Flüssiggasversandbehälter mit 5 kg Inhalt vorhanden und angeschlossen war. Auch dieser Überprüfungsbericht wird seitens des Berufungswerbers nicht bestritten. Seine Argumentation geht jedoch dahingehend, dass diese Bereiche bzw Anlagenteile nicht der genehmigten gewerblichen Betriebsanlage zuzurechnen sind.

Personen, die sich auf dem Gelände (Wiese) vor der genehmigten Betriebsanlage aufhalten, werden zwar grundsätzlich nicht bedient, sie können sich jedoch selbst Speisen und Getränke bei der genehmigten Betriebsanlage bestellen und abholen und werden auf Anfrage auch bedient.

B) Rechtliche Beurteilung:

Schuldspruch:

1. zu I. Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kitzbühel vom 08.03.2005, Zl SB-47-2004 (= uvs-2005/22/0859), Vorwurf der konsenslosen Überschreitung der Betriebszeit:

Zumal der Berufungswerber auch diesbezüglich die Problematik des Verhältnisses einer gewerbebehördlichen Betriebsanlage zu einer Veranstaltungsstätte bzw einer Flugschule anspricht, wird dazu bereits an dieser Stelle näher ausgeführt wie folgt:

Unter einer gewerblichen Betriebsanlage ist nach § 74 Abs 1 GewO 1994 jede örtlich gebun

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