

# TE UVS Tirol 2013/01/21 2012/15/2301-7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.01.2013

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Gerold Dünser über die Berufung von Herrn S. T., geb am XY, vertreten durch Frau Rechtsanwältin Dr. E. L., XY-Straße 1, K., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kufstein vom 17.07.2012, ZI SG-118-2012, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit den §§ 24, 51, 51c und 51e Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung insofern Folge gegeben, als dass hinsichtlich der als erwiesen angenommenen Tat (§ 44a Z 1 VStG) im Spruch die Anführung des Datums ?03.06.2012? und die Wendung ?von 22:00 Uhr bis 03:00 Uhr? zu entfallen haben. Der Satzteil ?zu Preisen wie sie in einem Gastlokal üblich sind? wird durch die Wortfolge ?zum Selbstkostenpreis? ersetzt. Nach der Wendung ?unbefugt das Gastgewerbe im Standort in K., XY-Str 11? wird die Wendung ?in der Betriebsart Bar? eingefügt.

Die ausgesprochene Strafe wird von Euro 1.000,00, Ersatzfreiheitsstrafe 264 Stunden, auf Euro 100,00, Ersatzfreiheitsstrafe 10 Stunden, herabgesetzt.

Die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist (§ 44a Z 2 VStG), wird mit § 111 Abs 1 Z 2 in Verbindung mit § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 und die für die verhängte Strafe angewendete Gesetzesbestimmung § 44a Z 3 VStG mit § 366 Abs 1 Einleitungssatz GewO 1994 richtig gestellt.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen. Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat der Berufungswerber einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der Erstbehörde im Ausmaß von 10 Prozent der ausgesprochenen Geldstrafe, das sind im gegenständlichen Fall Euro 10,00, zu bezahlen.

## **Text**

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber spruchgemäß Folgendes zur Last gelegt:

?Sie haben es als Obmann und somit als das gemäß 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach Außen berufene Organ des Vereines XY zu verantworten, dass zumindest am 02.06.2012, 03.06.2012, am 09.06.2012, und am 16.06.2012 von 22:00 Uhr bis 03:00 Uhr unbefugt das Gastgewerbe im Standort in K., XY-Str 11 ausgeübt wurde, indem obiger Verein lt

Erhebungen der Polizeiinspektion K. sowie Erhebungen auf der Homepage www.XY.at Getränke selbstständig, regelmäßig und in der Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen, an Vereinsmitglieder und Nichtvereinsmitglieder zu Preisen wie sie in einem Gastlokal üblich sind, ausgeschenkt hat und es sich sohin um ein Gastgewerbe handelt, obwohl der Verein XY nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung ist.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 339 Abs 1 GewO iVm § 5 Abs 1 GewO iVm § 366 Abs 1 erster Satz GewO?

Aus diesem Grund wurde über ihn auf Grundlage des § 366 Abs 1 Z 1 GewO 1994 eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 1.000,00, Ersatzfreiheitsstrafe 264 Stunden (11 Tage), verhängt. Außerdem wurde er zur Bezahlung eines Beitrages zu den Kosten des Verfahrens vor der Erstbehörde verpflichtet.

Dagegen richtet sich das fristgerecht erhobene Rechtsmittel, in welchem zusammenfassend ausgeführt wird, dass das Verfahren mangelhaft geblieben sei, zumal das rechtliche Gehör des Berufungswerbers verletzt worden sei. Am 01.07.2012 hätten näher bezeichnete Beamte das Vereinslokal betreten und Getränke konsumiert. Die dabei verrechneten Preise hätten der vorgelegten Preisliste entsprochen. Die Behauptung der Erstbehörde, dass die Preisliste nicht der Wahrheit entsprechen würde, stehe sohin im Widerspruch mit ihren eigenen Ermittlungsergebnissen. Die Erhebungen des anonym und außerdienstlich auftretenden weiteren namentlich bezeichneten Beamten seien zu hinterfragen, insbesondere im Hinblick auf andere anwesende Personen, welche nicht näher konkretisiert worden seien. Auch würden im Lokal keine generellen Eintrittspreise verlangt, vielmehr sei bei einem näher bezeichneten Vereinsabend eine Beachparty veranstaltet worden, wofür für die entsprechende Dekoration eben ein Eintrittsgeld von allen Besuchern als Unkostenbeitrag kassiert worden sei. Es werde kein Eintritt kassiert, sondern nur ein Mitgliedsbeitrag vom Verein eingefordert, mit dem das Vereinslokal finanziert und somit die Pacht und die für den Vereinszweck erforderliche Ausstattung, Strom und Betriebskosten bezahlt würden.

Richtig sei, dass der Mitgliedsbeitrag monatlich Euro 20,00 betrage. Die Tatsache, dass das Vereinslokal in vergangenen Jahren von Dritten als gewerbliches Nachtlokal betrieben worden sei, wobei die fix mit dem Lokal verbundene Einrichtung noch aus dieser Zeit stamme, sei kein Hinweis auf einen nunmehrigen Gastgewerbebetrieb. Änderungen des Lokals seien dem Verein nicht gestattet. Der Verein habe dieses lediglich säubern und weißen können. Die Behauptung, dass die Beschilderung auf einen Gastgewerbebetrieb hinweise, sei nicht richtig. Eine Reihe von Plakaten, sowohl im Eingangsbereich als auch im Lokal selbst, weise darauf hin, dass es sich um kein öffentliches Lokal handle und dass der Zutritt nur Mitgliedern gestattet sei.

Nicht richtig sei weiters, dass der Verein Angestellte beschäftigen würde. Vielmehr seien vom Verein über eine näher bezeichnete Security-Firma zwei Türsteher als Security angemietet worden. Kellner seien im Lokal nicht beschäftigt, diese Aufgabe werde von Vereinsmitgliedern bewältigt.

Dass die an die Mitglieder und Besucher abgegebenen Getränke zu bezahlen seien, sei selbstverständlich. Der Verein könne sich naturgemäß nicht leisten, Mitglieder und Besucher quasi frei zu halten. Die Getränke würden zum Selbstkostenpreis abgegeben. Logische Folge daraus sei, dass die Konsumation sehr günstig sei.

All dies belege, dass der Verein XY? seine Tätigkeit in keiner Weise in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen, ausübe. Tatsächlich gelinge es dem Verein mehr schlecht als recht auch nur kostendeckend tätig zu sein.

Weiters enthält das Rechtsmittel Ausführungen zur Frage, wie Mitglieder angeworben werden. Der Verein gebe sich große Mühe, seine Vereinsabende geregelt und geordnet ablaufen zu lassen.

Zum Vorhalt, dass das Lokal auch am 03.06.2012 einen Vereinsabend abgehalten habe, wurde ausgeführt, dass lediglich vom 02.06.2012 auf den 03.06.2012 das Vereinslokal offen hatte. Ein Vereinsabend am 03.06.2012 habe nicht stattgefunden.

Insgesamt werde daher festgehalten, dass der Verein XY? am Standort K., XY-Straße 11, kein Gastgewerbe betreibe, sodass die gegenständliche Bestrafung nicht zu Recht erfolgt sei.

Auch wurde die Strafbemessung kritisiert. Der Berufungswerber sei Taxifahrer und für den Verein ausschließlich ehrenamtlich tätig. Er erhalte hierfür keine finanziellen Zuwendungen. In Unkenntnis der Sach- und Rechtslage habe er einmal eine Strafverfügung über Euro 300,00 rechtskräftig werden lassen. Tatsache sei, dass eine Strafe von Euro 1.000,00 mehr als ein durchschnittliches Monatseinkommen betrage, wobei der Berufungswerber darüber hinaus noch sorgepflichtig für ein minderjähriges Kind sei. Die ausgesprochene Strafe sei sohin auch der Höhe nach keinesfalls gerechtfertigt.

Des Weiteren wurden zur Bekräftigung der angeführten Argumente 7 Zeugen angeboten. Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol hat nach Vorlage des Aktes durch die Erstbehörde die Statuten des Vereins eingeholt. Weiters wurde der Berufungswerber zu Händen seiner Rechtsvertreterin zur Konkretisierung des Beweisanbots für die angebotenen Zeugen aufgefordert. Außerdem wurde die Vorlage einer Einnahmen-/Ausgabenrechnung sowie von Protokollen zum Nachweis des Vereinslebens eingefordert. Nachdem die Beweisthemen zu den einzelnen Zeugen durch die Rechtsvertreterin des Berufungswerbers konkretisiert wurden, wurde von dieser ein weiterer Zeuge angeboten. Außerdem wurden die in Frage kommenden Beamten der Polizeiinspektion K. vorgeladen. Zumal einer der Beamten an der Teilnahme bei der mündlichen Verhandlung verhindert war, hat er eine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Schließlich wurde auch eine Preisliste der ausgegebenen Getränke vorgelegt.

Am 05.12.2012 wurde schließlich die mündliche Berufungsverhandlung am Sitz der Erstbehörde durchgeführt.

Nachstehender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht für den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol als erwiesen fest:

Der Berufungswerber ist Obmann des Vereins ?XY?. Zweck des Vereins ist nach § 2 der eingeholten Statuten die Förderung junger DJs und das Organisieren von Auftritten für dieselben. Die erforderlichen Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks sollen demnach durch Beitrittsgebühren und Mitgliedsbeiträge eingehoben werden.

Der Verein ?XY? betreibt seit dem Jahr 2011 in K. das Lokal ?D.?. Beim Lokal ?D.? handelt es sich um ein ehemaliges Nachtlokal mit einer Bar, die Einrichtung des Gastlokals entspricht dem eines einschlägigen Gewerbebetriebes. Dies wurde vom Berufungswerber damit begründet, dass es sich um ein ehemaliges Nachtlokal gehandelt habe und ihm der Umbau der Lokalität verwehrt bzw nicht möglich sei. Dieser Sachverhalt ergibt sich einerseits aus der Aussage des Berufungswerbers selbst, andererseits aus den zum Akt genommenen Lichtbildern. Demnach handelt es sich um eine Bar, wenngleich bei der Einrichtung auch in unterschiedlichen Elementen erkennbar ist, dass sich das Angebot vor allem an Jugendliche richtet. Dies ergibt sich aus den Lichtbildern, auf welchen auch die Dekoration erkennbar ist. Bei der Bar selbst sind etwa auch die unterschiedlichen Alkoholflaschen und Gläser erkennbar, wie dies für eine Bar typisch ist. Die Tage, an welchem dem Berufungswerber der Betrieb des Lokals und damit einhergehend die unbefugte Gewerbsausübung angelastet wird, ergeben sich aus der Aufstellung auf der Internetseite des Vereins und wurde das Offenhalten und der Ausschank an diesen Tagen vom Berufungswerber nicht bestritten.

Zur Frage der für die konsumierten Getränke verlangten Preise wird festgehalten, dass dazu eine Preisliste vorgelegt wurde, auf welcher neben den Preisen auch ersichtlich ist, welche Getränke ausgegeben werden. Daraus ist einerseits ersichtlich, dass Mixgetränke (?Longdrinks?), gebrannter Alkohol (?Shots?), Bier, Wein und antialkoholische Getränke angeboten wurden, andererseits dass die Preise dafür deutlich unter den sonst in vergleichbaren Gastgewerbebetrieben für solche Getränke verlangten Entgelte festgesetzt wurden. Von der Erstbehörde wird unter Hinweis auf eine Stellungnahme eines Polizeibeamten, welcher in Zivil und nach seiner eigenen Angabe außerdienstlich das gegenständliche Lokal besucht hat, festgehalten, dass im Lokal Preise verlangt wurden, wie dies in Gastgewerbebetrieben üblich sei. Dazu wird festgehalten, dass im Rahmen der mündlichen Verhandlung zutage getreten ist, dass vom Verein nicht ausgeschlossen werden kann, dass von Vereinsmitgliedern, die den Barbetrieb organisiert haben, eigenmächtig höhere Preise verlangt wurden, als dies eigentlich vorgesehen war. Festgehalten wird

allerdings, dass im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung auch Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen des Vereins genommen wurde. Daraus ist nicht ersichtlich, dass tatsächlich Getränkepreise verlangt wurden, wie dies in Gastgewerbelokalen üblich wäre. Nach Einsicht in diese Buchhaltungsunterlagen steht fest, dass der Verein keinesfalls einen Überschuss erzielt hat. Vielmehr wird festgestellt, dass ein offenes Saldo in den Buchhaltungsunterlagen ausgewiesen ist, dies obgleich keinerlei Direktzahlungen an Vereinsmitglieder, insbesondere an den Berufungswerber, erfolgt wären.

In Summe wird daher festgehalten, dass den Ausführungen des Berufungswerbers, dass die Getränke zum Selbstkostenpreis abgegeben wurden, nach dem durchgeführten Beweisverfahren durchaus Glauben zu schenken ist. Dies begründet sich vor allem aus der Getränkeliste, der Einnahmen-/Ausgabenrechnung, in welche Einsicht genommen wurde, den Ausführungen der einvernommenen Zeugen und den glaubwürdigen Angaben des Berufungswerbers selbst.

In rechtlicher Hinsicht folgt:

Einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26 GewO 1994) bedarf es gemäß § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994 für die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken.

Gemäß § 1 Abs 1 GewO 1994 gilt dieses Bundesgesetz, soweit die §§ 2 bis 4 nicht anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.

Eine Tätigkeit wird gemäß § 1 Abs 2 leg cit 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.

Auch eine einmalige Handlung gilt gemäß § 1 Abs 4 GewO 1994 als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.

Nach § 1 Abs 5 GewO 1994 liegt die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll.

Gemäß § 1 Abs 6 leg cit liegt bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit, sei es mittelbar oder unmittelbar, auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist. Übt ein Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche aus, so wird vermutet, dass die Absicht vorliegt, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Wie sich aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl etwa VwGH 19.06.1990,90/04/0036) ergibt, liegt ein vermögenswerter Vorteil unter anderem auch dann vor, wenn den Mitgliedern die Möglichkeit eröffnet wird, gastgewerbliche Leistungen zum Selbstkostenpreis zu konsumieren. Nach den getroffenen Feststellungen, die sich im Wesentlichen auf das Vorbringen im Rechtsmittel stützen, wurden die Getränke zum Selbstkostenpreis unter Anrechnung des unmittelbaren Aufwandes für die Abgabe, aber jedenfalls bedeutend unter den marktüblichen

Preisen abgegeben. Damit wird das Tatbestandsmerkmal des Lukrierens eines vermögenswerten Vorteils realisiert.

Weiters wird festgehalten, dass auch im umgekehrten Fall von einer Gewerbsmäßigkeit auszugehen wäre, nämlich in dem Fall, dass ein den Selbstkostenpreis übersteigender Getränkepreis verlangt worden wäre, mit welchem sodann andere Zwecke des Vereins finanziert worden wären. Zutreffend führt dazu etwa Schulev-Steindl (Idealvereine im Gewerberecht, Ecolex 1994, 8) aus, dass, wenn Einnahmen aus einer Tätigkeit die durch diese Tätigkeit verursachten, somit konnexen, Kosten übersteigen, der Verein in dieser Hinsicht gewerbsmäßig tätig wird. Es genügt daher nicht, wenn durch eine Tätigkeit der Gesamtaufwand eines Vereins vermindert wird und der Verein bloß bei einer kumulativen Betrachtung all seiner Aktivitäten eine kostendeckende Gebarung aufweist. In Fällen, in denen Vereine durch die Entfaltung einer Tätigkeit Einnahmenüberschüsse erzielen, die dann zur Finanzierung anderer Aktivitäten verwendet werden sollen, bedarf es daher einer entsprechenden Gewerbeberechtigung.

Wie Schulev-Steindl im besagten Artikel weiters zutreffend ausführt, wurde mit der Gewerberechtsnovelle 1988 das Merkmal der Ertragsabsicht im Hinblick auf die Idealvereine weiter gefasst. Sihin liegt dieses bei Vereinen auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit des Vereins ein Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist.

Nach der oben zitierten Judikatur des VwGH liegt das Erscheinungsbild eines Gastgewerbes der Betriebsart ?Bar? bei einem mit sonstigen Barbetrieben vergleichbaren Angebot an Spirituosen und bei einer entsprechenden Einrichtung des Lokals vor. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, ob der Zutritt zu den Geschäftsräumen nur Mitgliedern oder auch vereinsfremden Personen möglich ist (vgl dazu ebenso das oben zitierte Erkenntnis des VwGH vom 19.06.1990).

Insgesamt wird daher festgehalten, dass im vorliegenden Fall das äußere Erscheinungsbild des Lokals ?D.? dem eines Gastgewerbebetriebes entspricht. Dazu wird auf die obigen Feststellungen verwiesen. Die Vergleichbarkeit mit einem üblichen Barbetrieb ergibt sich aus dem Erscheinungsbild des Lokals, beispielsweise der Verwendung einer für eine Bar typischen Theke samt Barhocker und dem zur Verfügung stehenden Sortiment unterschiedlicher Getränke.

Soweit dazu vom Berufungswerber eingewendet wird, dass das Erscheinungsbild deshalb dergestalt sei, weil das Lokal so vom Vorgänger übernommen worden sei, so ändert dies nichts an dieser Feststellung. Auch ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, dass dem Berufungswerber vom Vermieter nach seinen eigenen Ausführungen untersagt wurde, das Lokal umzubauen. Vielmehr hätte der Verein zur Vermeidung dieses Erscheinungsbildes sich eines anderen Lokals bedienen müssen.

Der wirtschaftliche Vorteil liegt im vorliegenden Fall wie ausgeführt darin, dass die Vereinsmitglieder Getränke günstiger konsumieren können, als dies in sonstigen vergleichbaren Gastgewerbebetrieben der Fall ist. Insofern wurde auch das Tatbestandsmerkmal des vermögenswerten Vorteils realisiert. Dass es sich um einen Betrieb in der Betriebsart ?Bar? handelt, wurde dem Berufungswerber bereits in der Anzeige vom 15.06.2012 zur Last gelegt. Die eingeholten Beweise stützen die Ausführungen der Anzeige in dieser Hinsicht.

Schließlich wird zu den Kriterien der Selbstständigkeit und der Regelmäßigkeit auf den Tatvorhalt verwiesen: So lastet die Erstbehörde dem Berufungswerber als Vertreter des Vereins die Selbstständigkeit durch den Ausschank der Getränke durch den Verein an, ohne dass dies durch Anweisung durch einen Dritten erfolgen würde; die Regelmäßigkeit ergibt sich schon aus der von der Erstbehörde richtig als fortgesetztes Delikt (vgl dazu VwGH 15.09.2006, 2004/04/0185) gewerteten wiederholten Durchführung des Ausschanks. Im Übrigen wird die Regelmäßigkeit hier schon durch die erkennbare Absicht dokumentiert, den Ausschank nicht nur einmal, sondern wiederholt durchzuführen.

In Summe wird aber auch festgehalten, dass das durchgeführte Beweisverfahren ohne jeden Zweifel ergeben hat, dass

ein aktives Vereinsleben vorliegt, bei welchem auch die ideellen Zwecke, welche in den Statuten niedergeschrieben sind, offensichtlich mit Engagement verfolgt werden. Dies ändert zwar nichts daran, dass die gesetzlichen Kriterien, ab wann von einer Gewerbsmäßigkeit auszugehen ist, im vorliegenden Fall erfüllt sind, ist aber bei der Bemessung des Unrechtsgehalts entsprechend zu würdigen. Die Übertretung steht daher in objektiver Hinsicht fest.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. 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. Im Falle eines Ungehorsamsdeliktes, als welches sich auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung darstellt, tritt somit insofern eine Verlagerung der Behauptungslast ein, als die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zu beweisen hat, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach § 5 Abs 2 VStG entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Dazu wird festgehalten, dass vom Berufungswerber zusammenfassend vorgebracht wird, dass die Vereinstätigkeit nicht als gewerbsmäßig zu verstehen sei. In Summe resultiert die Übertretung daher im Wesentlichen aus einer abweichenden Rechtsmeinung. Wie oben dargelegt wurde, hat der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol keine Zweifel daran, dass die Tätigkeit grundsätzlich als gewerbsmäßig einzustufen ist und daher ohne eine Gewerbeberechtigung nicht ausgeübt werden darf. Vor diesem Hintergrund war zu überprüfen, inwiefern eine schuldbeeidende Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift vorliegt. Dazu hält der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung fest (vgl dazu etwa die E vom 04.09.1992, 90/17/0426), dass die Unkenntnis eines Gesetzes nur dann als unverschuldet angesehen werden kann, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Entschuldigen würde den Berufungswerber daher eine Rechtsunkenntnis etwa dann, wenn eine falsche Rechtsauskunft der zuständigen Behörde, auf Grundlage einer vollständigen Schilderung des Sachverhaltes, erteilt worden wäre. Davon kann im vorliegenden Fall allerdings nicht die Rede sein, wurde der Berufungswerber doch bereits einmal wegen einer vergleichbaren Übertretung bestraft und hat die Erstbehörde keine Zweifel daran gelassen, dass nach ihrer Ansicht eine gewerbsmäßige Tätigkeit vorliegt. Eine unverschuldete Rechtsunkenntnis liegt sohin nicht vor.

Aus diesem Grund hat der Berufungswerber die Übertretung auch in subjektiver Hinsicht zu vertreten, wobei beim Ausmaß des Verschuldens abweichend von der Feststellung der Erstbehörde von Fahrlässigkeit auszugehen ist. Zwar hindert eine Unkenntnis der Rechtsvorschrift die Annahme eines Vorsatzes nicht, dies allerdings nur dann, wenn eine Parallelwertung in der Laiensphäre die Rechtswidrigkeit des Handelns erkennen lässt (vgl dazu beispielsweise das Erk des VwGH vom 11.07.2012, 2010/08/0088). Obgleich der Berufungswerber daher wegen einer vergleichbaren Übertretung bereits belangt wurde, kann auf Grund der vorliegenden Fallkonstellation und der Rechtfertigung nicht von vorn herein gesagt werden, dass dieser einmaligen Vorbestrafung bereits die Wirkung zukommen müsste, dass jegliche Zweifel an der Notwendigkeit einer Gewerbeberechtigung ausgeräumt wären. So wurde beispielsweise von der Erstbehörde dem Merkmal, dass Getränkepreise verlangt wurden wie in Gastgewerbebetrieben üblich, entscheidungserhebliche Bedeutung zugemessen, was aber wie ausgeführt nicht zutrifft. Zumal daher wenigstens in diesem Sachverhaltsmoment tatsächlich eine abweichende Feststellung vorzunehmen war, sich die Rechtfertigung des Berufungswerbers nicht auf ein Bestreiten von Tatsachen reduziert sondern vielmehr eine rechtlich nicht von vorn herein abwegige Bewertung vorgenommen wird, hindert diese Vorbestrafung in der besonderen vorliegenden Fallkonstellation insgesamt die Annahme fahrlässigen Handelns nicht.

Zumal es sich somit im vorliegenden Fall um eine komplexe gewerberechtliche Fragestellung handelt, konnte auch die angeführte Parallelwertung in der Laiensphäre nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit die richtige rechtliche Einstufung des Verhaltens nahelegen, weshalb vorsätzliches Handeln auszuschließen ist.

Nach § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe 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.

Nach § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Berufungswerber hat angegeben, dass er als Taxifahrer ein monatliches Nettoeinkommen von ca Euro 1.000,00 bezieht, dass er in Summe mit nicht unbeträchtlichen Schulden behaftet und sorgepflichtig für ein minderjähriges Kind ist.

Erster Maßstab der Bemessung der Geldstrafe ist der Unrechtsgehalt der in der Übertretung verwirklichten Tat. Dabei ist für den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol maßgeblich, dass das gesamte Ermittlungsverfahren keinerlei Anhaltspunkte ergeben hat, dass sich der Berufungswerber, abgesehen von der Möglichkeit wie alle Vereinsmitglieder vergünstigte Getränke im Lokal zu konsumieren, tatsächlich persönlich aus der Übertretung bereichert hätte. Vielmehr wird auf die obigen Feststellungen verwiesen, wonach aus der Einnahmen- und Ausgabenrechnung ersichtlich ist, dass eine Bereicherung der Vereinsmitglieder wie auch des Berufungswerbers über das beschriebene Maß jedenfalls auszuschließen ist. Außerdem war zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Fall keinerlei Zweifel daran bestehen, dass der Verein tatsächlich einem bestimmten ideellen Zweck nachgegangen ist und dies der eigentliche Grund für die Tätigkeit war. Auf der anderen Seite war allerdings auch zu berücksichtigen, dass der Berufungswerber bereits einmal von der Erstbehörde für eine vergleichbare Übertretung mit einer Strafverfügung bestraft wurde. Bei der Strafbemessung war außerdem, wie von der Erstbehörde richtig festgestellt, der Umstand zu berücksichtigen, dass es sich durch den Bezug auf mehrere Termine, an welchen der Ausschank erfolgt ist, um ein fortgesetztes Delikt handelt. Dabei handelt es sich auch nicht um eine grundsätzlich unzulässige mehrfache Verwertung eines Merkmals einerseits zur Begründung der Übertretung, andererseits für die Strafbemessung; vielmehr wäre die Regelmäßigkeit nach der Legaldefinition in § 1 Abs 4 GewO 1994 im vorliegenden Fall auch schon bei einer einmaligen Anlastung offensichtlich gewesen.

Die Erstbehörde führt zur Strafbemessung aus, dass als erschwerend die Tatsache gewertet worden sei, dass die besagte Strafverfügung vorliege. Weiters legt sie ihm erschwerend zur Last, dass er in vollem Bewusstsein, sohin vorsätzlich, gehandelt habe. Außerdem werde als erschwerend gewertet, dass es sich um ein fortgesetztes Delikt handle. Die Erstbehörde ist weiters von überdurchschnittlichem Einkommen ausgegangen.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist im vorliegenden Fall nicht von Vorsatz auszugehen. Außerdem liegen nur bescheidene Einkommensverhältnisse vor und war auch die Sorgepflicht für ein minderjähriges Kind zu berücksichtigen. Auch ist der Unrechtsgehalt der Übertretung auf Grund des Umstandes, dass jedenfalls eine Bereicherung beim Berufungswerber auszuschließen ist, bedeutend geringer als von der Erstbehörde angenommen. Weiters war im vorliegenden Fall der Milderungsgrund nach § 34 Abs 1 Z 12 StGB zu berücksichtigen (Begehung der Tat in einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum). Aus all diesen Gründen war die Geldstrafe auf Euro 100,00

herabzusetzen. Weiters wird festgehalten, dass die Erstbehörde die Ersatzfreiheitsstrafe mit 11 Tagen und damit beinahe mit 80 Prozent des zur Verfügung stehenden Strafrahmens ausgeschöpft hat. Die Geldstrafe hat sie allerdings zu weniger als 30 Prozent ausgeschöpft. Insofern war bei der Herabsetzung der Geldstrafe auch das Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe nach dem Ausmaß neu festzusetzen, mit welchem auch der Rahmen für die Geldstrafe ausgeschöpft wurde.

Schließlich wird aber auch noch festgehalten, dass eine Anwendung des § 21 VStG, sohin die Einstellung des Verfahrens unter Erteilung einer Ermahnung, nicht in Frage gekommen ist. Maßstab dafür ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (vgl. VwGH 30.04.1993, 93/17/0088), dass die Schuld geringfügig ist. Davon kann aber nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt. Davon kann allerdings im vorliegenden Fall nicht die Rede sein, weicht der Unrechtsgehalt doch nicht vom im Vergleich zu anderen unbefugten Gewerbsausübungen typisierten Unrechtsgehalt ab.

Zu den Spruchverbesserungen:

Hier wird zunächst darauf hingewiesen, dass eine gesonderte Übertretung bzw. ein Offenlassen am 03.06.2012 nach dem durchgeführten Ermittlungsverfahren nicht mehr vorgehalten werden kann, zumal das Lokal vom 02.06.2012 auf den 03.06.2012 offengehalten wurde und nicht am 03.06.2012 extra aufgesperrt wurde. In diesem Zusammenhang werden auch die Feststellungen betreffend die konkreten Uhrzeiten nicht aufrecht erhalten, stützt sich die Erstbehörde dabei doch lediglich auf die im Internet angegebenen Öffnungszeiten und nicht auf konkrete Feststellungen. So könnten die im Internet angegebenen Zeiten zwar im Falle, dass dem Berufungswerber die Tat in Form einer Gleichhaltung durch Anbieten (vgl. § 1 Abs 4 2. Satz GewO 1994) zur Last gelegt werden, herangezogen werden, nicht aber dann, wenn ihm die konkrete Ausübung zur Last gelegt wird. Zumal der Umstand, dass an den anderen im Spruch der Erstbehörde angeführten Tagen das Lokal grundsätzlich offen gehalten wurde, nicht bestritten wurde, waren die Feststellungen dahingehend allerdings unbedenklich.

Weiters war die Feststellung, dass Preise wie in Gastlokalen üblich verlangt wurden, durch die Feststellung zu ersetzen, dass die Getränke zum Selbstkostenpreis ausgegeben wurden. Dazu wird auf die obigen Feststellungen verwiesen.

Ergänzt wird der Spruch durch die Feststellung, dass es sich beim Lokal XY um einen Gastgewerbebetrieb vergleichbar jenem der Betriebsart Bar handelt (vgl. VwGH 30.10.1990, 88/04/0247), wie dies bereits in der Anzeige vom 15.06.2012 ausgeführt wird. Es handelt sich dabei lediglich um eine Konkretisierung der Gewerbsmäßigkeit und nicht um einen Austausch der Tat, weshalb der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol zufolge des § 66 Abs 4 AVG berechtigt und auch verpflichtet war, dieses Element im Spruch aufzunehmen.

Zu verbessern war der Spruch schließlich hinsichtlich der durch die Übertretung verletzten Verwaltungsvorschrift und der für die Verhängung der Strafe angewendeten Norm, wozu auf die Judikatur des VwGH verwiesen wird (vgl. etwa VwGH 02.06.1999, 98/04/0051; 22.02.1994, 93/04/0224; 03.09.1996, 96/04/0069; und 21.03.1995, 94/04/0233).

Der Kostenbeitrag stützt sich auf die angeführte Gesetzesbestimmung, insgesamt war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Gastgewerbebetrieb durch Verein; Vermögensvorteil durch Bezug von Getränken zum Selbstkostenpreis; Abgrenzung Vorsatz zu Fahrlässigkeit durch Parallelwertung in der Laiensphäre; Spruchgestaltung bei unbefugter Gewerbsausübung durch Betrieb einer Bar.

**Zuletzt aktualisiert am**

18.02.2013

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

© 2024 JUSLINE

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

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