jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Erkenntnis 2019/9/16 VGW-021/047/3719/2018

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.09.2019

Entscheidungsdatum

16.09.2019

Index

50/01 Gewerbeordnung
82/02 Gesundheitsrecht allgemein

Norm

GewO 1994 §1 Abs2
GewO 1994 §1 Abs3
GewO 1994 §1 Abs4
GewO 1994 §1 Abs6
TNRSG 1995 §13c Abs1 Z3

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Martschin über die Beschwerde des Herrn A. B. vom 8.3.2018 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt ..., vom 15.2.2018, Zl. ..., wegen einer Übertretung des TNRSG, zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die Strafsanktionsnorm wie folgt zu lauten hat: „§ 14 Abs. 4 erster Strafsatz TNRSG".

II. Der Beschwerdeführer hat daher gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 50,00 Euro, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe, zu leisten.

III. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet der „C." für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe, die Verfahrenskosten sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.

IV. Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Das angefochtene Straferkenntnis richtet sich gegen den Beschwerdeführer als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:

„Sie haben als Obmann und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener des Vereines C. in Wien, D., zu verantworten, dass am 17.11.2017 um 21.15 Uhr in dem Vereinslokal (Gastgewerbe in der Betriebsart Bar)

in Wien, D., insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz in Verbindung mit der Nichtraucherschutzkennzeichnungsverordnung verstoßen wurde, als zum Überprüfungszeitpunkt entgegen der Bestimmungen des § 13b Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz nicht kenntlich gemacht wurde, ob in dem der Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste dienendem Raum Rauchverbot gilt oder nicht. Anlässlich der Marktamtsrevision wurde festgestellt, dass im ca. 90 m2 umfassenden Gastraum des Lokales geraucht wurde, dennoch befand sich in der Räumlichkeit kein entsprechendes Symbol, dass geraucht werden darf (rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund).

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13c Abs. 1 und Abs. 2 Z. 7 und § 13b Abs. 4 des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes, BGBl. Nr. 101/2015 in der geltenden Fassung in Verbindung mit der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung, BGBl. II Nr. 424/2008 in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 250,00, falls diese uneinbringlich ist,

Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Stunden

gemäß § 14 Abs. 4 leg. cit.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ 25,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 275,00.

Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Der C. haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn A. B., verhängte Geldstrafe von € 250,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 25,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand."

In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wird im Wesentlichen ausgeführt, das Gewerbe sei am 1.3.2016 abgemeldet worden. Die Eingangstüre des Vereinslokales sei immer verschlossen und werde nur fallweise zum Lüften des Lokales bzw. beim Fensterputzen geöffnet. Wenn jemand Einlass begehre, müsse eine Glocke betätigt werden. Dies gelte sowohl für Vereinsmitglieder, als auch für Polizeibeamte. Die Daten der Mitglieder seien in einer eigenen Kartei festgehalten, wobei es auch die Möglichkeit einer Tagesmitgliedschaft gäbe. Beim Lokaleingang und im Lokal sei das Symbol angebracht gewesen, dass geraucht werden dürfe. Die Größe des Lokals betrage knapp 50 m^2. Sämtliche Gäste am Tag der Kontrolle seien Vereinsmitglieder gewesen.

Im Beschwerdeverfahren wurde ein Plan der gegenständlichen Betriebsanlage bei der belangten Behörde eingeholt.

Das erkennende Gericht führte in dieser Rechtssache am 1.3.2019 eine mündliche Beschwerdeverhandlung durch, anlässlich welcher ein Vertreter des Beschuldigten gehört sowie als Zeugin Frau E., Insp. F. und Insp. G. einvernommen wurden. Die belangte Behörde hat von einer Teilnahme an der Verhandlung abgesehen. Der Beschuldigte selbst ist der mündlichen Verhandlung unentschuldigt fern geblieben, sodass diese infolge § 45 Abs. 2 VwGVG in seiner Abwesenheit durchgeführt werden durfte.

Mit der Eingabe des (nunmehr rechtsfreundlich vertretenen) Beschwerdeführers vom 4.3.2019 wurde ein Antrag auf schriftliche Ausfertigung der Entscheidung gestellt.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Zur maßgeblichen Rechtslage:

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 wird eine Tätigkeit 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; hiebei 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.

Nach Abs. 3 dieser Gesetzesstelle liegt Selbständigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

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

Bei Vereinen gemäß dem Vereinsgesetz 1951 liegt nach § 1 Abs. 6 leg.cit. 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.

Gemäß § 13b Abs. 4 TNRSG ist in Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 kenntlich zu machen, ob in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen Rauchverbot gilt oder nicht, oder, sofern Rauchverbot nicht gilt, das Rauchen vom Inhaber gestattet wird oder nicht. In Räumen, in denen geraucht werden darf, hat die Kennzeichnung überdies den Warnhinweis „Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen“ zu enthalten und ist die Kennzeichnung in ausreichender Größe und Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar und der Warnhinweis gut lesbar ist.

Infolge § 13c Abs. 1 Z. 3 leg.cit. haben die Inhaber von Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b einschließlich einer gemäß § 13b Abs. 4 erlassenen Verordnung Sorge zu tragen. Nach Abs. 2 Z. 7 hat jeder Inhaber gemäß Abs. 1 insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b oder einer gemäß § 13 Abs. 5 erlassenen Verordnung entsprochen wird.

Nach § 14 Abs. 4 leg.cit. begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine der im § 13c Abs. 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt.

Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:

Aufgrund der Ergebnisse des durchgeführten Beschwerdeverfahrens wird als erwiesen festgestellt, dass der Verein „C.“ seit 23.9.2008 an der Adresse Wien, D., im Vereinsregister registriert ist (ZVR-Zahl: ...). Der nunmehrige Beschwerdeführer war von 31.1.2017 bis 27.8.2018 Obmann und damit organschaftlicher Vertreter dieses Vereins.

Der genannte Verein verfügte seit 14.11.2013 über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart Bar“ für den Standort Wien, D.. Als gewerberechtlicher Geschäftsführer war zuletzt für den Zeitraum vom 14.11.2013 bis 31.12.2015 Herr H. K. bestellt, seither wurde kein neuer gewerberechtlicher Geschäftsführer bestellt. Dessen ungeachtet wurde in der Folge (so auch im gegenständlich angelasteten Tatzeitraum) das „Gastgewerbe in der Betriebsart Bar“ ausgeübt, ohne dass eine Anzeige über die Bestellung eines neuen Geschäftsführers binnen sechs Monaten ab Ausscheiden erstattet worden ist. Mit Wirksamkeit vom 1.3.2016 wurde das genannte Gewerbe bei der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft als ruhend gemeldet, eine Anzeige bei der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft betreffend die Wiederaufnahme der Gewerbeausübung erfolgte nicht.

Am 8.10.2017, um 13:15 Uhr, und am 17.11.2017, um 21:15 Uhr, wurden von der Zeugin E. am Standort Wien, D., behördliche Kontrollen durchgeführt.

Das gegenständliche Lokal liegt im Souterrain und ist vom Gehsteig aus zu betreten. Sowohl am 8.10.2017 als auch am 17.11.2017 war das Lokal jeweils geöffnet und für jedermann frei zugänglich, ein Anläuten an einer Türe, um Einlass zu begehren, war nicht erforderlich. Der Einlass in das Lokal war auch nicht auf registrierte Vereinsmitglieder beschränkt. Bei beiden Kontrollen waren jeweils mehrere Gäste im Lokal anwesend, welche Getränke konsumierten.

Das Vereinslokal besteht aus einem einzigen Gastraum, in welcher sich eine Schank und mehrere Tische mit Verabreichungsplätzen befinden. Von dort gelangt man in einen Küchenbereich, weiters bestehen getrennte Toiletten für Damen und Herren. Im Gastraum ist weiters eine Musikbox und ein Dartautomat aufgestellt. Der Gastraum

umfasst ca. 90 m² und verfügt über 38 Verabreichungsplätze. Im Schankbereich befanden sich zwei Getränkekühlschränke, welche bei der Kontrolle am 8.10.2017 wie folgt befüllt waren: 18 Flaschen Eristoff Ice, 1 Dopplerflasche Weißwein, ca. 20 Flaschen Cola und Fanta, 23 Dosen Red Bull, 30 Flaschen Bier. Weiters befand sich im Schankbereich am 8.10.2017 eine betriebsbereite Kaffeemaschine und ein Spirituosenspender bzw. Getränkeportionierer, an welchem Whiskey- und Wodkaflaschen angeschlossen waren. In der Küche wurde ein Toaster, eine betriebsbereite Eiswürfelmaschine und ein Mikrowellenherd vorgefunden. Der gesamte Betrieb wurde als Raucherlokal geführt.

Es bestehen zwei Eingangstüren, welche man durchschreiten muss, um in den einzigen Gastraum mit einer Größe von ca. 90 m² zu gelangen. Am Lokaleingang war eine Kennzeichnung gemäß dem Tabakgesetz dahingehend vorhanden, dass im Lokalinneren getrennte Raucher- und Nichtraucherbereiche bestehen würden. Anlässlich der Kontrolle am 17.11.2017 wurde vom Kontrollorgan festgestellt, dass einige der anwesenden Gäste rauchten und auf den Tischen Aschenbecher aufgestellt waren. Im Gastraum selbst fehlte jegliche Kennzeichnung dahingehend, ob Rauchverbot gilt oder nicht. Im Lokalinneren gab es keinerlei Kennzeichnung gemäß dem Tabakgesetz.

Bei der Kontrolle am 8.10.2017 waren sechs Personen anwesend, welche Getränke konsumierten und angaben, Vereinsmitglieder zu seien. Entsprechende Mitgliederausweise konnten nicht von allen Personen vorgelegt werden. Eine Mitgliederliste des Vereins konnte nicht vorgelegt werden. An diesem Tag lag im Schankbereich eine Liste, welche in der ersten Spalte die einzuhebenden Getränkepreise (Verkaufspreise) und in der zweiten Spalte den betreffenden Warenausgang (Anzahl der jeweils verkauften Getränke) enthielt.

Während der behördlichen Kontrolle am 8.10.2017 haben weitere Gäste das Lokal betreten und wurde dabei nicht ihre Vereinsmitgliedschaft von Verantwortlichen des Vereins kontrolliert.

Bei der Kontrolle vom 17.11.2017 konnte eine Mitgliederliste vorgelegt werden, lediglich einige der anwesenden Personen konnten einen Mitgliederausweis vorweisen. Im Schankbereich lag wiederum die zuvor erwähnte Liste über die Preise und den Warenausgang auf. In einem Kühlschrank im Küchenbereich wurden in einer Alufolie verpackte, vorgefertigte Schinkenkäse-Toasts gelagert vorgefunden.

Bei beiden genannten Kontrollen stand jeweils eine Dame hinter der Schank und hat von dort aus die anwesenden Personen bedient.

Die auf der genannten Liste ersichtlichen Verkaufspreise stellten sich (am 17.11.2017) wie folgt dar: 0,33 l Piccolo 8 Euro, 0,7 l Champagner 96 Euro, 0,7 l Sekt 31 Euro, ein Cappuccino bzw. Melange 2,60 Euro, Trinkschokolade 2,60 Euro, Kaffee schwarz groß 3,20 Euro, Cafe latte 3,20 Euro, kleiner Espresso 2,20 Euro, Zigaretten 6,70 Euro, heißes Wasser 2,30 Euro, 0,2 cl Jägermeister 2,90 Euro, 0,2 cl Jack Daniels 3,60 Euro, 0,2 cl Four Roses 3,10 Euro, 0,2 cl Johnny Walker 3,90 Euro, 0,2 cl Wodka 2,60 Euro, 0,2 cl Civas 3,60 Euro, 0,2 cl Rum 2,10 Euro, 0, 2 cl Bacardi 2,60 Euro, 0,2 cl Cognac 4,60 Euro, 0,2 cl Marille 2,60 Euro, 0,2 cl Havana 2,60 Euro, 0,2 cl Whiskey 3,60 Euro, 0,2 cl Tequila 2,80 Euro, 0,2 cl Apperol 1,80 Euro, 0,2 cl Fernet 2,90 Euro, ein Tee 2,30 Euro, 0,33 l Cola Zero 2,90 Euro, 0,2 l Fruchtsaft 3,50 Euro, 0,33 l Mineralwasser 2,60 Euro, eine Red Bull Dose 3,20 Euro, 0,33 l Eistee 2,80 Euro, 1/8 l Rotwein 1,40 Euro, 0,33 l Bier 3,30 Euro, Heineken alkoholfrei 3,30 Euro, eine Gulaschsuppe 3,30 Euro, eine Bohnensuppe 3,30 Euro, ein Schinkenkäse-Toast 2,90 Euro (vgl. Bl. 4 Behördenakt). Diese Preise liegen deutlich über dem jeweiligen Einstandspreis und bewegen sich in einer Höhe, wie sie in vergleichbaren Gastgewerbebetrieben verlangt werden und üblich sind.

Die Öffnungszeiten des Vereins stellen sich (auch im gegenständlichen Tatzeitraum) wie folgt dar: täglich (sieben Mal pro Woche) zumindest von 10:00 bis 23:00 Uhr geöffnet.

Die monatlichen Einnahmen des Vereins konnten nicht festgestellt werden, da der Vertreter des Beschwerdeführers dazu in der Verhandlung keine Angaben machen konnte oder wollte. Die monatliche Miete für das Lokal beträgt etwa 900 Euro.

Während der genannten beiden Kontrollen wurden von der Meldungslegerin keine Personen wahrgenommen, welche sich spielerisch mit Dart, Tarock oder einem anderen Spiel betätigt hätten.

Diese Feststellungen gründen sich auf die vorliegende, unbedenkliche Aktenlage sowie die Ergebnisse der Beschwerdeverhandlung. Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte selbst der Beschwerdeverhandlung unentschuldigt fern geblieben ist, wodurch er sich selbst der Möglichkeit begeben hat, ein weiteres Vorbringen zu erstatten bzw. das erkennende Gericht von seiner persönlichen Glaubwürdigkeit zu überzeugen. Die festgestellten

Getränkepreise lassen sich der bei der Kontrolle vorgefundenen Liste zweifelsfrei entnehmen. Der Behauptung, dass es sich bei den Preisen laut Preisliste um keine Fixpreise, sondern nur um Anhaltspunkte für das Einheben der Gelder handeln würde, wie der Vertreter des Beschwerdeführers anlässlich der Verhandlung ausführte, wird kein Glaube geschenkt, sondern als bloße Schutzbehauptung zugunsten des Beschwerdeführers gewertet, zumal der Vertreter des Beschwerdeführers diesbezüglich nicht glaubhaft und unsicher wirkte. Der Vertreter des Beschwerdeführers konnte und wollte nicht angeben, wie viele Vereinsmitglieder es überhaupt gibt. Weiters konnte oder wollte er keine Angaben dazu machen, wie hoch die monatlichen Einnahmen des Vereins sind. Lediglich die monatliche Miete für das Lokal wurde mit etwa 900 Euro angegeben. Die festgestellten Öffnungszeiten des Lokals gründen sich auf den unbedenklichen Anzeigeninhalt; letztlich hat der Vertreter des Beschwerdeführers in der Verhandlung eingeräumt, dass der Verein „eigentlich immer geöffnet" hat (was von ihm schon anlässlich eines Telefonates vom 9.10.2017 gegenüber der Zeugin E. so angegeben wurde). Die festgestellte Lokalgröße gründet sich auf die nachvollziehbaren Angaben der Zeugin E. sowie dem beigeschafften Plan aus dem Betriebsanlagenakt. Im Übrigen wird den zeugenschaftlichen Angaben der Zeugin E. voller Beweiswert zuerkannt. Diese hat schlüssig und glaubhaft geschildert, welche Wahrnehmungen von ihr anlässlich ihrer behördlichen Kontrollen gemacht wurden und wurden diese in der von ihr gelegten Anzeige schlüssig festgehalten. Insbesondere hat sie auch glaubhaft geschildert, dass im Lokalinneren keinerlei Kennzeichnung gemäß dem Tabakgesetz bestanden habe, anwesende Gäste geraucht haben und Aschenbecher auf den Tischen vorhanden gewesen seien. Anhaltspunkte dafür, dass diese Zeugin irgendeinen Grund gehabt haben könnte, den Beschwerdeführer wahrheitswidrig zu belasten, sind keine hervor gekommen. Dass die Preise laut der anlässlich der Kontrollen aufliegenden Preisliste über dem Einstandspreis liegen, stellt eine notorische Tatsache dar, zumal sich diese Preise in gleicher Höhe wie in vergleichbaren Gastgewerbebetrieben bewegen. Die Behauptung im Beschwerdeschriftsatz, wonach eine entsprechende Kennzeichnung nach dem Tabakgesetz auch im Lokalinneren vorhanden gewesen sei, wird das bloße Schutzbehauptung gewertet, um der drohenden Bestrafung zu entgehen.

Rechtliche Beurteilung:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshof ist die Frage, auf wessen Rechnung und Gefahr eine Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 GewO 1994 ausgeübt wird, wer also das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko trägt, nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht alleine nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt. In diesem Sinne ist das Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 GewO 1994 daher dann als erfüllt anzusehen, wenn die Tätigkeit völlig frei eingeteilt bzw. jederzeit abgebrochen werden kann und das Entgelt ausschließlich vom Erfolg der Tätigkeit abhängt (VwGH 22.5.2012, Zl. 2010/04/0033, VwGH 12.9.2001, Zl. 98/03/0057).

Ausgehend davon bestehen gegenständlich keine Zweifel, dass die in Rede stehende Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr des genannten Vereines ausgeübt wurde, zumal das Entgelt des Vereins ausschließlich vom Erfolg seiner Tätigkeit abhängig war und die Tätigkeit des Vereins vorher eingeteilt bzw. jederzeit abgebrochen hätte werden können. Gegenteiliges wurde auch vom Beschuldigten im gesamten Verfahren nicht behauptet.

Gemäß § 1 Abs. 2 GewO 1994 ist zwar das regelmäßige Betreiben einer Tätigkeit für die Annahme ihrer gewerbsmäßigen Ausübung entscheidend, es kommt aber nicht auf den Umfang an, in dem diese Tätigkeit ausgeübt wird (VwGH 18.5.2005, Zl. 2005/04/0070). Dass die Tätigkeit gegenständlich auch regelmäßig ausgeübt wurde, ergibt sich aufgrund der oben festgestellten Öffnungszeiten des Vereins, wonach die Tätigkeit (in Form der entgeltlichen Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste) siebenmal pro Woche zumindest in der Zeit von 10:00 bis 23:00 Uhr ausgeübt wurde.

Nach der Judikatur des VwGH wird durch § 1 Abs. 6 erster Satz GewO 1994 das Merkmal der Ertragsabsicht gegenüber der allgemeinen Grundregel des § 1 Abs. 2 GewO 1994 weiter gefasst (vgl. RV 341 BlgNR 17. GP 31 f), wobei die allgemeine Bestimmung des § 1 Abs. 2 GewO 1994 daneben weiterhin anwendbar ist (VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0081).

Dass der in Rede stehende Betrieb das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist, lässt sich den schlüssigen Angaben der Zeugin E. in der Verhandlung in Zusammenhalt mit der von ihr gelegten Anzeige entnehmen, wonach der Betrieb über einen Schankbereich, eine größere Anzahl an Verabreichungsplätzen und näher angeführten Geräten für den Schank- und Küchenbetrieb verfügte. Dies wurde vom Beschuldigten im Verfahren auch nicht

substantiiert bestritten. Angesichts der aufgrund der vorliegenden Preisliste für die Verabreichung von Getränken und Speisen verlangten Preise ist für das erkennende Gericht auch evident, dass diese Tätigkeit auf die Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet war, zumal diese Preise deutlich über dem Selbstkostenpreis liegen und die verlangten Preise der Höhe nach mit jenen in vergleichbaren Gastgewerbebetrieben vergleichbar sind. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass es der Beschuldigte im gesamten Verfahren unterlassen hat, nähere Angaben zur finanziellen Gebarung des Vereins zu machen, womit er seiner Mitwirkungspflicht nicht annähernd nachgekommen ist. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 6 erster Satz GewO 1994 gegenständlich vorliegen.

Dessen ungeachtet liegen überdies die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 vor, wonach bei einem Verein gemäß dem Vereinsgesetz 1951 (nunmehr: Vereinsgesetz 2002 gemäß 32 Abs. 2 leg.cit; um einen solchen Verein handelt es sich nach der Aktenlage im vorliegenden Fall) die Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, dann zu vermuten ist, wenn der Verein eine Tätigkeit, die bei Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fiele, öfter als einmal in der Woche ausübt. Die Vermutung der Ertragsabsicht im Sinne des § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 kann durch den Nachweis eines davon abweichenden Sachverhaltes widerlegt werden (vgl. etwa VwGH 3.3.1999, Zl. 97/04/0183, VwGH 18.2.2009, Zl. 2005/04/0249).

Im vorliegenden Fall war im angelasteten Tatzeitraum der Verein täglich geöffnet, wobei während der Öffnungszeiten Getränke und Speisen zu den oben festgestellten Preisen verabreicht wurden. Damit ist die Tatbestandsvoraussetzung der genannten Bestimmung des § 1 Abs. 6 zweiter Satz GewO 1994 erfüllt. Auch ist es dem Beschuldigten im gesamten Verfahren nicht gelungen, die Vermutung der Ertragsabsicht im Sinne der zuletzt genannten Bestimmung zu widerlegen, zumal vom Beschwerdeführer bzw. seinem in der Verhandlung auftretenden Vertreter diesbezüglich keinerlei nachvollziehbaren oder glaubhaften Angaben gemacht wurden.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die genannte Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt wurde, sodass auch die einschlägigen Bestimmungen des TNRSG (§ 13c Abs. 1 Z. 3 leg.cit.) zur Anwendung gelangen. Die Gewerbeinhaberin wäre daher gehalten gewesen, eine entsprechende Kennzeichnung nach dem TNRSG dahingehend vorzunehmen, ob im Gastraum Rauchverbot besteht oder nicht. Indem es im vorliegenden Fall von der Gewerbeinhaberin unterlassen wurde, eine entsprechende Kennzeichnung nach dem TNRSG im Gastraum vorzunehmen, wurde im gegenständlich angelasteten Tatzeitpunkt die objektive Tatseite der angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht.

Hinsichtlich der Verwirklichung der subjektiven Tatseite wurde im gesamten Verfahren kein spezifisches Vorbringen erstattet, sodass von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen war.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs.1 VStG sind die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch Tat.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. 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. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen, die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Rechtsgut der ordnungsgemäßen Kennzeichnung nach dem TNRSG ist im Interesse der Kontrolle durch die Behörde sowie der Information der Kunden als nicht unerheblich einzustufen und wurde nicht unerheblich beeinträchtigt.

Das Verschulden des Beschwerdeführers kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Laut Aktenlage kommt dem Beschwerdeführer der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zu Gute, erschwerende Umstände liegen keine vor.

Mangels Bekanntgabe werden die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers als durchschnittlich angenommen, Sorgepflichten wurden keine ins Treffen geführt.

Vor dem Hintergrund dieser Strafbemessungskriterien erscheint die von der belangten Behörde im unteren Bereich des gesetzlichen Strafrahmens verhängte Strafe jedenfalls tat- und schuldangemessen, sodass keine Strafherabsetzung in Betracht kam.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Verein; Gewerbsmäßigkeit; selbständige Tätigkeit; regelmäßige Tätigkeit; Ertragsabsicht; gesetzliche Vermutung; Gastgewerbe; Nichtraucherschutz Rauchverbot; Kennzeichnung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2019:VGW.021.047.3719.2018

Zuletzt aktualisiert am

12.08.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at