

Entscheidende Behörde

UVS Vorarlberg

Entscheidungsdatum

10.04.2003

Geschäftszahl

1-0025/03

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr Herzog über die Berufung des W S, N, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft B vom 30.12.2002, zu Recht erkannt:

Gemäß § 66 Abs 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG) in Verbindung mit § 24 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG) wird der Berufung insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf 300 Euro und die für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe auf 28 Stunden herabgesetzt werden.

Im Übrigen wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Tatumschreibung wie folgt zu lauten hat: "Sie haben in der Zeit vom 31.8.2002, ca 20 Uhr, bis zu den Morgenstunden des 1.9.2002 in der Garagenhalle des Transportunternehmens G S in St., HNr X, das Gastgewerbe gewerbsmäßig, nämlich selbstständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung ausgeübt, indem Sie anlässlich eines Geburtstagsfestes an ca 80 Personen alkoholische Getränke, und zwar offenes Bier, Wein, Wodka und Whisky, und das Getränk Red Bull gegen Entgelt (7 Euro Eintritt sowie 2 Euro für jedes Getränk) ausgeschenkt sowie Toasts gegen ein Entgelt von 2 Euro verabreicht haben." Die Übertretungsnorm hat zu lauten: "§ 366 Abs 1 Z 1 iVm § 111 Abs 1 Z 2 Gewerbeordnung 1994". Die Strafnorm hat zu lauten: "§ 366 Abs 1 (Einleitungssatz) Gewerbeordnung 1994".

Der gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG zu leistende Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens verringert sich auf 30 Euro.

Text

1. Im angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe in St., HNr X (Fa S) von 31.8.2002 auf 1.9.2002, insbesondere am 31.8.2002 um 23.50 Uhr, das Gastgewerbe ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung ausgeübt, indem er ein Fest veranstaltet habe, bei dem Eintritt in der Höhe von 7 Euro bezahlt werden habe müssen und Getränke gegen Entgelt ausgeschenkt worden seien. So sei ein großes Bier (1/2 Liter) zum Preis von 2 Euro verkauft worden. Die Bezirkshauptmannschaft erblickte hierin eine Übertretung des § 366 Abs 1 Z 1 Gewerbeordnung. Es wurde eine Geldstrafe von 1.000 Euro verhängt und für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 93 Stunden festgesetzt.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der Beschuldigte rechtzeitig Berufung erhoben. In dieser bringt er im Wesentlichen vor, er habe am 31.8.2002 auf dem Betriebsgelände seines Bruders ein Privatfest ausgerichtet, und zwar habe er den 28. Geburtstag gefeiert. Insgesamt seien 135 bis 140 Gäste gekommen, wobei lediglich 80 Gäste einen Eintritt von 7 Euro und pro Getränk einen Beitrag von 2 Euro bezahlt hätten. Bei den übrigen Gästen habe es sich um Freunde und Arbeitskollegen gehandelt, die er unentgeltlich bewirtet habe und die auch keinen Eintritt bezahlt hätten. Als Aufwendungen führt der Berufungswerber eine Leihgebühr von 1.150 Euro für eine Licht- und Tonanlage, 2.310 Euro für Getränke, AKM-Gebühren von 108,49 Euro und mindestens 300 Euro für Pappteller, Ausschankbecher und Sonstiges an und legte hierfür entsprechende Nachweise vor. Die tatsächlichen Kosten für das Geburtstagsfest hätten die Einnahmen bei weitem überstiegen. Abgesehen davon, dass das Privatfest einmalig veranstaltet worden sei und es sohin an der regelmäßigen Ausübung fehle, habe er nachweislich keinerlei Gewinn erzielt, sondern einen Abgang von mindestens 1.200 Euro gehabt. Gewerbsmäßigkeit liege nur dann vor, wenn die Tätigkeit selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben werde, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Die von der Behörde in der Begründung

vorgenommene Berechnung über den Einkaufspreis einer Kiste Bier und den Verkaufspreis gehe schon deshalb ins Leere, da kein Flaschenbier sondern wesentlich teureres Fassbier ausgeschenkt worden sei und fast 50 % der Gäste unentgeltlich Getränke konsumiert hätten. Da er keinen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil erzielt habe und dies auch nicht beabsichtigt gewesen sei, beantragte der Berufungswerber die Aufhebung des Straferkenntnisses.

3. Der Verwaltungssenat hat in dieser Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender Sachverhalt steht fest:

Der Beschuldigte veranstaltete in der Zeit vom 31.8.2002, ca 20 Uhr, bis zu den Morgenstunden des 1.9.2002 anlässlich seines Geburtstages in der Garagenhalle des Transportunternehmens G S in St., HNr X, ein Fest. Bei diesem Fest, das über Mundpropaganda bekannt gemacht wurde, waren insgesamt 135 bis 150 Personen anwesend. In der Halle und im Freien vor der Halle wurden Tische und Bänke aufgestellt. Bei einer in der Halle aufgestellten Bar (Schankanlage) wurden alkoholische Getränke, und zwar offenes Bier, Wein, Wodka und Whisky, sowie Red Bull ausgeschenkt. Eristoff, Mineralwasser und Limonade wurden separat in einem Fass mit Eiswasser zur Selbstbedienung bereitgehalten. Weiters wurden Toasts verabreicht. Zur Unterhaltung der Gäste wurde Musik über eine Musikanlage dargeboten und es wurden Videos auf einer Videoanlage gezeigt.

Von ca 80 Gästen, die dem Beschuldigten nicht bekannt waren, wurde ein Eintrittsgeld in der Höhe von 7 Euro eingehoben. Mit den Einnahmen aus den Eintrittsgeldern wollte der Beschuldigte wenigstens die Kosten für die Miete der Musikanlage und weitere Unkosten decken. Den genannten ca 80 Gästen wurden die alkoholischen Getränke und das Getränk Red Bull an der Bar zu einem Preis von je 2 Euro und der Toast ebenfalls zu einem Preis von 2 Euro verkauft. Für die zur Selbstbedienung bereitgehaltenen Getränke haben diese Personen nur zum Teil bezahlt, da die Entnahme dieser Getränke nicht überwacht wurde.

Sämtliche Rechnungen über die diversen Ausgaben für das Fest (insbesondere Mietentgelt für die Licht- und Tonanlage, Einkauf der Getränke, AKM-Gebühren) sind auf den Beschuldigten ausgestellt und von ihm bezahlt worden. Die Halle und der Strom wurden von G S, dem Bruder des Beschuldigten, gratis zur Verfügung gestellt.

Der Beschuldigte ist nicht im Besitz einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe.

4. Dieser Sachverhalt wird auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens als erwiesen angenommen. Er stützt sich auf die glaubwürdige Verantwortung des Beschuldigten selbst. Zudem haben die bei der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen G S und GI G K wesentliche Aussagen des Beschuldigten bestätigt.

5. Nach § 366 Abs 1 Z 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesstelle mit einer Geldstrafe bis zu 3.600 Euro zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Nach § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994 bedarf es für die Verabreichung von Speisen jeder Art und den Ausschank von Getränken einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z 26). Unter Verabreichung und unter Ausschank ist nach § 111 Abs 3 dieses Gesetzes jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen, die darauf abgestellt ist, dass die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

Der Beschuldigte hat bei dem in Rede stehenden Fest in St. diverse alkoholische und nichtalkoholische Getränke sowie Toasts verkauft, wobei er es den Gästen ermöglicht hat, die gekauften Getränke und Speisen an Ort und Stelle zu sich zu nehmen. Hiefür wurden den Gästen Sitzgelegenheiten und Tische in und vor der Garagenhalle zur Verfügung gestellt, auch wurden die Gäste durch die Wiedergabe von Musik und das Abspielen von Videofilmen zum längeren Verweilen beim Fest animiert. Die vom Beschuldigten bei diesem Fest entfaltete Tätigkeit bildet daher den Gegenstand des der Gewerbeordnung unterliegenden Gastgewerbes.

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.

Das Kriterium der Selbständigkeit ist im gegenständlichen Fall erfüllt, da der Beschuldigte die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt hat. Er hat die Getränke, Speisen, Becher, Teller und sonstigen Utensilien

eingekauft, die Licht- und Tonanlage angemietet, alle angefallenen Rechnungen bezahlt und ihm sind auch die Einnahmen aus den Eintrittsgeldern und dem Verkauf der Getränke und Speisen zugeflossen.

Hinsichtlich des Kriteriums der Regelmäßigkeit ist darauf zu verweisen, dass gemäß § 1 Abs 4 erster Satz GewO 1994 auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit gilt, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Hinweise auf das Vorliegen einer Wiederholungsabsicht haben sich im vorliegenden Fall zwar nicht ergeben, hat doch der Beschuldigte keine in diese Richtung weisenden Anschaffungen getätigt und auch vor dem Verwaltungssenat eine solche Absicht glaubwürdig verneint. Doch weist in Anbetracht der Eigenart des Getränkeauschankes und der Verabreichung von Speisen, die an sich Tätigkeiten von kurzer Dauer darstellen, schon der festgestellte Zeitraum von ca 20 Uhr bis zu den Morgenstunden des Folgetages eine solche Dauerhaftigkeit auf, dass das Merkmal der Regelmäßigkeit als erfüllt anzusehen ist (vgl VwGH 24.10.2001, 2000/04/0141, hinsichtlich eines Zeitraumes von 7 Uhr bis 16 Uhr).

Zum Tatbestandsmerkmal der Gewinnerzielungsabsicht hat der Beschuldigte geltend gemacht, dass die tatsächlichen Kosten für das Geburtstagsfest die Einnahmen bei weitem überstiegen hätten und er einen Abgang von mindestens 1.200 Euro gehabt habe. Diese Argumentation lässt allerdings außer Acht, dass es beim veranstalteten Fest zwei Gruppen von Gästen gab, nämlich nicht zahlende Gäste, das waren die Freunde und Arbeitskollegen des Beschuldigten, und zahlende Gäste, das waren jene Personen, die dem Beschuldigten "nicht näher bekannt waren". Wenn von den zahlenden Gästen für den Eintritt 7 Euro und für ein alkoholisches Getränk, für ein Red Bull und für einen Toast jeweils 2 Euro verlangt wurde, so handelt es sich hier um Preise, die - bei Einrechnung des Eintrittspreises - den Preisen nahe kommen, die in vergleichbaren Gastgewerbebetrieben für Getränke bzw Imbisse und die gebotene Unterhaltungsmöglichkeit (Musik, Videos) eingefordert werden. Daraus kann nach Ansicht des Verwaltungssenates jedenfalls in Bezug auf die zahlenden Gäste eine Gewinnerzielungsabsicht beim Beschuldigten abgeleitet werden.

Nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens gelangt der Verwaltungssenat somit zur Ansicht, dass die vom Beschuldigten entfaltete Tätigkeit gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs 2 GewO 1994 ausgeübt wurde. Somit hat der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung tatbestandsmäßig verwirklicht.

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

Die übertretene Rechtsvorschrift soll sicherstellen, dass die Gewerbe nur aufgrund einer erlangten Gewerbeberechtigung ausgeübt werden. Dies ist im öffentlichen Interesse, insbesondere auch im Interesse einer intakten Volkswirtschaft gelegen. Diesem Schutzzweck hat der Beschuldigte durch sein Verhalten in nicht unerheblichem Ausmaß zuwidergehandelt. Als Verschuldensform wird von Fahrlässigkeit ausgegangen.

Der Verwaltungssenat hält aber eine deutliche Herabsetzung der von der Erstinstanz verhängten Geldstrafe für vertretbar. Insbesondere hat sich nicht bestätigt, dass sich der Beschuldigte durch sein Vorgehen insgesamt einen Gewinn erwirtschaften konnte. Weiters war auch zu berücksichtigen, dass sich das strafbare Verhalten in einer einmaligen Handlung erschöpft und sich nicht über einen sehr langen Zeitraum erstreckt hat. Schließlich hat der Verwaltungssenat in der mündlichen Verhandlung den Eindruck gewonnen, dass auch aus spezialpräventiven Gründen die Beibehaltung der Geldstrafe in der verhängten Höhe nicht geboten ist.

Zu seinen persönlichen Verhältnissen hat der Beschuldigte angegeben, dass er ledig, aber für ein Kind sorgepflichtig sei. Als Kraftfahrer beziehe er ein Nettoeinkommen von ca 1.100 Euro pro Monat. Er sei Besitzer einer Liegenschaft von ca 200 m²/Baufläche und ca 800 m²/landwirtschaftliche Fläche und darüber hinaus ohne Vermögen. Unter Würdigung des vorgetragenen Sachverhaltes und unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten findet der Unabhängige Verwaltungssenat die nunmehr festgesetzte Strafe schuld-, tat-, vermögens- und einkommensangemessen.

7. Da der Berufung teilweise Folge gegeben wurde, entfällt gemäß § 65 VStG die Vorschreibung eines Beitrages für das Berufungsverfahren von 20% der verhängten Strafe. Außerdem verringert sich der Beitrag für das Verfahren erster Instanz auf 10% der nunmehr herabgesetzten Strafe.

8. Was den erstinstanzlichen Tatvorwurf betrifft, sah sich der Verwaltungssenat veranlasst, diesen entsprechend dem Ergebnis der mündlichen Berufungsverhandlung zu präzisieren. Insbesondere wurde eine Bezugnahme auf die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs 2 GewO 1994 aufgenommen. Unter einem waren auch die Übertretungs- und die Strafnorm zu präzisieren.