

TE UVS Niederösterreich 1994/02/09 Senat-BN-93-001

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.02.1994

Spruch

Der Berufung wird gemäß §66 Abs4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl Nr 51/1991, (AVG) insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von S 10.000,-- auf S 4.000,-- und die Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen auf 4 Tage herabgesetzt werden.

Ansonsten wird der Berufung nicht Folge gegeben und wird der angefochtene Bescheid bestätigt.

Gemäß §64 Abs1 und 2 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991, BGBl Nr 52/1991, (VStG) werden die für das Verfahren erster Instanz anfallenden Kosten mit S 400,-- (statt S 1.000,--) festgesetzt und sind gemäß §59 Abs2 AVG binnen zwei Wochen zu bezahlen.

Text

Die Bezirkshauptmannschaft xx erkannte die Rechtsmittelwerberin mit Straferkenntnis vom 1.12.1992, ZI 3-*****-92, schuldig, am 24.9.1992, 15,15 Uhr, es als gewerberechtliche Geschäftsführerin der D Gesellschaft mbH zu verantworten zu müssen, daß diese Gesellschaft im Standort **** xx, G***** M****, Stand 14 (ParzNr ***/1 der KG xx) das konzessionierte Gastgewerbe gemäß §199 Abs1 Z3 und 4 Gewerbeordnung 1973 in der Betriebsart "Buffett" durch den Ausschank von Bier und Kaffee, die Verabreichung von Toasts und die Errichtung von ca 15 Verabreichungsplätzen ohne die erforderliche Konzession ausgeübt habe.

Sie habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach §366 Abs1 Z2 Gewerbeordnung 1973 begangen und wurde gemäß §366 Einführungssatz Gewerbeordnung 1973 eine Geldstrafe in der Höhe von S 10.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 10 Tage) verhängt.

Gemäß §64 Abs2 VStG wurde der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens erster Instanz mit S 1.000,-- festgesetzt.

In der rechtzeitig eingebrachten Berufung, die gegen Strafe und Schuld gerichtet ist, wird im entscheidungsrelevanten Zusammenhang im wesentlichen ausgeführt, daß sie die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen habe. Der Vorwurf, daß die D Gesellschaft mbH ein konzessioniertes Gastgewerbe ohne die hierfür erforderliche Konzession ausüben würde, würde lediglich aus Schlüssen resultieren, die die Behörde aus einer anonymen Anzeige ziehen würde. Es gäbe keine eigenen dienstlichen Wahrnehmungen und keine wie immer gearteten Zeugenbeweise

hiefür. Es sei aktenkundig, daß die D Gesellschaft mbH vielmehr im Besitze einer Gewerbeberechtigung gemäß §103 Abs1 litb Z25 Gewerbeordnung 1973 sei. Es sei aktenkundig, daß der sogenannte G***** M***** im Marktgebiet der Stadtgemeinde xx liegen würde und daher die Bestimmungen der §§324ff Gewerbeordnung 1973 anzuwenden seien. Gemäß §50 Abs1 Z6 Gewerbeordnung 1973 würden Gewerbetreibende im Rahmen ihres Gewerbes auf Märkten und marktähnlichen Veranstaltungen nach Maßgabe der §§324ff GewO 1973 Waren verkaufen und Bestellungen entgegennehmen dürfen.

Gemäß §116 Abs1 würden Gewerbetreibenden, die einen Kleinhandel mit Lebensmittel ausüben, im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung auch die in den Ziffern 1 bis 6 näher bezeichneten Rechte zustehen, so unter anderem gemäß §116 Abs1 Z5 der Ausschank von Milch, Milchmischgetränken, nicht alkoholischen kalten Getränken und Flaschenbier in den zum Verkauf gewidmeten Räumen.

Gemäß §190 Gewerbeordnung 1973 würden unter anderem der Konzessionspflicht nicht die Verabreichung von Speisen, der Ausschank von Getränken und der Verkauf von warmen oder angerichteten kalten Speisen durch Erzeugungs- und Handelsgewerbe in den in den §§95, 96, 97, 116 und 128 GewO 1973 bezeichneten Umfang unterliegen, ebenso auch nicht die Verabreichung und der Ausschank von unentgeltlichen Kostproben durch Gewerbetreibende im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung.

Im Rahmen der bestehenden Gewerbeberechtigung würden unter anderem Flaschenbier und Wein in Flaschen verkauft und die Nebenrechte im Sinne der Bestimmungen des §116 GewO 1973 ausgeübt und würden fallweise unentgeltlich Kostenproben verabreicht werden. Die in der Anzeige angeführten Verabreichungsplätze würden lediglich aus Tischen bestehen, die am G***** M***** aufgestellt seien, aber nicht ausschließlich unseren Kunden zur Verfügung stehen würden, sondern im Rahmen des allgemeinen Marktgeschehens benützt würden. Es könne dem Kunden nicht verboten werden, daß sie die Waren, die sie in den Geschäftsräumlichkeiten erworben hätten, unmittelbar nach Verlassen der der D GesmbH gehörigen Räumlichkeiten öffnen und verzehren würden. Die Rechtsmittelwerberin würde die Konzessionsprüfung für das Gastgewerbe abgelegt haben und sämtliche persönliche Voraussetzungen für die Ausübung eines Gastgewerbes erbringen. Lediglich aus Gründen der Marktordnung sei es nicht möglich, für den Standort in xx, G***** M*****, eine Gastgewerbekonzession zu beantragen.

Der erhebende Gendarmeriebeamte sei nicht einvernommen worden und ginge aus dem Akteninhalt nicht hervor, daß der Gendarmeriebeamte festgestellt habe, daß die Rechtsmittelwerberin das Gastgewerbe - noch dazu im angenommenen Betriebsumfang und in der angenommenen Betriebsart - zum Tatzeitpunkt am Tatort ausgeübt habe. Es würde sich dabei um einen wesentlichen Verfahrensmangel handeln. Aus all diesen Gründen wurde die Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung unter Beiziehung des erhebenden Gendarmeriebeamten sowie des Ehemannes H D beantragt und das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

Aufgrund des Berufungsvorbringens wurde am 27.1.1994 bei der Bezirkshauptmannschaft xx eine mündliche Berufungsverhandlung durchgeführt, in welcher Beweis durch Einvernahme der Rechtsmittelwerberin und des anzeigelegenden Gendarmeriebeamten, nunmehr Polizeibeamten, W S erhoben wurde. Bei dieser Berufungsverhandlung hat die Rechtsmittelwerberin angegeben, daß die D GesmbH seit Sommer 1988 im Besitz einer Gewerbeberechtigung sei, die sie zum Klein- und Großhandel mit Waren aller Art, ausgenommen Börsengeschäften, berechtigen würde. Das Kleinhandelsgewerbe werde ständig in einer Markthütte am G***** M***** ausgeübt. Die Markthütte würde eine Größe von 20 m² aufweisen und sei derartig eingerichtet, daß die Geschäftsfläche durch Kühlvittrinen von der Verkaufsfläche abgegrenzt sei. In der Mitte der Verkaufsfläche würde sich ein kleiner Stehtisch befinden. In der Markthütte würden Käsespezialitäten, Molkereiprodukte, italienische Wurstspezialitäten (wie italienischer Rohschinken) verkauft werden. Es würden auch Wurstsemmeln und Brotaufstriche und garnierte Brötchen verkauft werden. An Getränken würden alkoholfreie Getränke, Natursäfte, Bier und Weine, sämtliche

Getränke nur flaschenweise, verkauft. Es würde auch Kaffee verkauft werden, jedoch nur in handelsüblichen Packungen. Die Abgabe der Waren würde nicht in Selbstbedienung stattfinden, sondern müsse der Kunde, wenn er eine Ware wolle, diese benennen und würde diese dann vom Verkaufspersonal gegen Bezahlung ausgefolgt bekommen. In der Markthütte sei auch eine Kaffeemaschine vorhanden. Es würde sich um eine solche Kaffeemaschine handeln, wie sie auch in Haushalten verwendet werde und würde diese ausschließlich zum Zubereiten von Kaffee für das Verkaufspersonal dienen. Es könne schon vorkommen, daß wenn eine Kaffeesorte in Verkehr gebracht werde, unentgeltlich Kostproben verabreicht würden. Ebenso sei in der Verkaufshütte ein Toaster vorhanden. Dieser Toaster würde, wie die Kaffeemaschine, ausschließlich dem Eigenbedarf der Angestellten dienen. Der Stehtisch sei vor allem aus Zierdegründen eingerichtet worden und sei dieser primär dazu gedacht, daß, wenn Kunden Wurstsemmeln und Brötchen bestellen, diese dort bequem verzehren können würden. Es sei ihr bewußt, daß die D GesmbH nicht im Besitze einer Gastgewerbekonzession sei. Es seien zwar sämtliche rechtliche Voraussetzungen gegeben aber es würde jedoch im Widerspruch mit der Marktordnung bestehen und sei aufgrund dieser Marktordnung die Ausübung des Gastgewerbes im Marktbereich gänzlich untersagt. Es sei richtig, daß sich in unmittelbarer Nähe der Verkaufshütte Sitzgelegenheiten befinden würden. Es sei schon vorgekommen, daß wenn sich ein Kunde etwas in der Verkaufshütte kaufe, das Getränk oder das Essen auf den Sitzgelegenheiten, welche sich im Umkreis von 5 bis 10 m um die Verkaufshütte herum befinden würden, verzehre.

Die zeugenschaftliche Einvernahme des anzeigelegenden Beamter W S hat ergeben, daß dieser am 19.9.1992 aufgrund einer anonymen Anzeige um 15,15 Uhr den Marktstand der D Gesellschaft mbH kontrolliert habe. Als er den Marktstand betreten habe, hätten sich in der Markthütte keine Kunden aufgehalten. Seiner Erinnerung nach würden sich in der Markthütte zwei Stehpulte befunden. Sitzgelegenheiten seien keine vorhanden gewesen. Die Festhaltungen in der Anzeige, wonach ihm gegenüber Frau D angegeben habe, daß sie Kaffee (wenig) ausschenke und eine geringe Menge Toast verkaufe, seien richtig.

Vor dem Stand seien mehrere Tische mit ca 15 Sitzgelegenheiten aufgestellt gewesen. Eine Bank sei an die Hüttenwand angelehnt gewesen, dann wäre der Tisch gekommen und eine zweite Bank. Neben diesem Tisch wäre noch ein zweiter Tisch gestanden und straßenseitig sei seiner Erinnerung nach ein dritter Tisch vorhanden gewesen. Die Tische seien Heurigentischen vergleichbar gewesen und seien die Sitzgelegenheiten Parkbänken vergleichbar gewesen.

Er habe anlässlich der Amtshandlung keine Zweifel darüber gehegt, daß die Tisch- und Sitzgelegenheiten nicht der Verkaufshütte der D Gesellschaft mbH zuzuordnen seien. Ihm sei aus seiner dienstlichen Tätigkeit bekannt, daß derartige Sitzgelegenheiten von der Gemeinde xx nicht zur Verfügung gestellt würden.

In Ergänzung des bisherigen Vorbringens wurde vom Vertreter der Rechtsmittelwerberin vorgebracht, daß durch die Zeugenaussage des Oberstleutnant W S sich keine Beweise für das der Rechtsmittelwerberin angelastete Tatverhalten ergeben würden. Darüberhinaus würde der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses nicht dem Konkretisierungsgebot des §44a Z1 VStG entsprechen. Beim Vorwurf einer unbefugten Ausübung eines Gastgewerbebetriebes wäre auch die Betriebsart genau zu konkretisieren und wären daher bei der Tatanlastung die außer Streit stehenden Räumlichkeiten nicht unter die Betriebsart eines "Buffetts" zu subsumieren gewesen.

In rechtlicher Hinsicht wird erwogen:

Gemäß §366 Abs1 Z2 Gewerbeordnung 1973 in der Fassung vor der Gewerberechtsnovelle 1992, welche Fassung im Gegenstande anzuwenden ist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist gemäß §366 Abs1 Einleitungssatz Gewerbeordnung 1973 mit einer Geldstrafe bis zu S 50.000,-- zu bestrafen, wer ein konzessioniertes Gewerbe ohne die erforderliche Konzession ausübt.

Gemäß §189 Abs1 Z3 und 4 Gewerbeordnung 1973 unterliegen der Konzessionspflicht (Gastgewerbe) der Ausschank von alkoholischen Getränken und der Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen und der Ausschank von nicht alkoholischen Getränken und der Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen.

Gemäß §194 Gewerbeordnung 1973 dürfen die Berechtigungen gemäß §198 Abs1 GewO 1973 einer Konzession für das Gastgewerbe nur entsprechend der genehmigten Betriebsart ausgeübt werden.

§190 Gewerbeordnung 1973 normiert verschiedene Ausnahmen von der Konzessionspflicht und ist demnach die Verabreichung von Speisen, der Ausschank von Getränken und auch Verkauf von warmen oder auch angerichteten kalten Speisen durch den im Rahmen des §116 Gewerbeordnung 1973 bezeichneten Umfang ausgenommen.

Nach §116 Abs1 Gewerbeordnung 1973 stehen Gewerbetreibenden, die einen Kleinhandel mit Lebensmitteln ausüben, auch folgende Rechte zu:

1. Das Zubereiten von Fleisch, Fleischwaren, Fisch und Geflügel in einfacher Art, von Fleisch- und Wurstsalaten, Fleisch- und Wurstmajonaisesalaten, Brotaufstrichen und belegten Brötchen;
2. die Verabreichung der in Ziffer 1 genannten Speisen mit den üblichen kalten Beigaben, wie Essiggemüse, Majonaise, Senf, Kren, Brot und Gebäck in einfacher Art in den dem Verkauf gewidmeten Räumen;
3. der Verkauf von warmen oder angerichteten kalten Speisen im Umfang der Ziffer 1 und 2;

4.

die Zubereitung von Frucht- und Gemüsesäften;

5.

der Ausschank von Milch, Milchmischgetränken, nicht alkoholischen kalten Getränken und Flaschenbier in den dem Verkauf gewidmeten Räumen;

6. die Verabreichung von vorverpackt, angeliefertem Speiseeis in den dem Verkauf gewidmeten Räumen.

Nach den Bestimmungen der §§324ff betreffend Märkte dürfen zwar unter den Voraussetzungen, die die Gewerbeordnung diesbezüglich normiert, von jedermann Waren nach Maßgabe der Marktordnung feilgeboten oder verkauft werden, jedoch dürfen Waren, deren Verkauf an eine Konzession gebunden ist, auch auf Märkten nur von den zur Ausübung der betreffenden Konzession berechtigten Gewerbetreibenden feilgehalten werden und bedarf das regelmäßige Beziehen von Märkten (stabile Gewerbetreibende) einer dementsprechenden Gewerbeberechtigung.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, daß die Rechtsmittelwerberin gewerberechtliche Geschäftsführerin der D Gesellschaft mbH ist, welche im Standort xx, G***** M****, in einer Markthütte das Lebensmittelkleinhandelsgewerbe ausübt. In diesem Zusammenhang steht der Gesellschaft mbH auch das Recht zu, die im §116 genannten Nebentätigkeiten zu entfalten, jedoch nur in jenen Räumlichkeiten, die dem Verkauf gewidmet sind. Unter Verabreichung und Ausschank im Sinne der Gewerbeordnung 1973 wird eine über die bloße Verkaufshandlung hinauslaufende Tätigkeit in der Weise verstanden, daß dem Gast ermöglicht wird, ohne noch etwas dazutun zu müssen, die Speisen oder Getränke an Ort und Stelle zu sich zu nehmen (vgl hiezu VwGH Slg 4769A ua). Das Zurverfügungstellen von Sitzgelegenheiten und Tischen, im Zusammenhang mit der Ausübung der Nebenrechte, die einem Lebensmittelhändler zustehen, stellt bereits "Ausschank oder eine Verabreichung" im Sinne der Legaldefinition des §189 Gewerbeordnung 1973 dar, worunter jede Vorkehrung oder Tätigkeit zu verstehen ist, die darauf abzielt, daß Speisen oder Getränke an Ort und Stelle genossen werden.

Aufgrund der Zeugenaussage des anzeigelegenden Gendarmeriebeamten, nunmehr Polizeibeamten, gelangt die

erkennende Behörde zu der Auffassung, daß die Tische und Sitzgelegenheiten unabhängig davon, wer deren Eigentümer ist, so situiert wurden, daß diese für die Erweiterung der geschäftlichen Aktivitäten durch die D Gesellschaft mbH im Rahmen der Ausübung ihrer Gewerbeberechtigung zu dienen bestimmt waren. Die erkennende Behörde geht davon aus, daß es sich bei diesen Tischen und Sitzgelegenheiten - Heurigentische - nicht kommunale Einrichtungen handelt, sondern diese bewußt in unmittelbarer Nähe des Marktstandes aufgestellt wurden, damit, bei entsprechender Wetterlage, Kunden am Marktstand erworbene Getränke oder Speisen auch außerhalb des Marktstandes, somit außerhalb der für den Verkauf gewidmeten Flächen konsumieren können, was die Befugnisse des §116 Gewerbeordnung 1973 überschreitet und der Ausübung des Gastgewerbes im Rahmen des §189 Abs3 und 4 Gewerbeordnung 1973 bezeichneten Umfang gleichkommt.

Ob zum Tatzeitpunkt tatsächlich ein Ausschank oder eine Verabreichung stattgefunden haben, ist nicht von wesentlicher Bedeutung, jedoch geht die erkennende Behörde davon aus, daß zum Tatzeitpunkt die Möglichkeit hiezu bestanden hat.

Die erkennende Behörde vermeint auch, daß im gegenständlichen Fall von Gewerbeausübung gesprochen werden kann und die Betriebsführung unter die Betriebsart "Buffett" subsumiert werden kann. Dies bedeutet, daß die Tätigkeit selbständig in der Absicht betrieben wurde, welcher Umstand auch nicht in Zweifel gezogen wurde, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Ebenso vermeint die erkennende Behörde, daß im gegenständlichen Fall auch das Element der Regelmäßigkeit gegeben ist. Gemäß §1 Abs4 Gewerbeordnung 1973 gilt auch eine einmalige Handlung als regelmäßige Tätigkeit, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann. Dadurch, daß um die Markthütte herum Verabreichungsplätze geschaffen wurden, ist der Schluß, daß durch diese bauliche Einrichtung - "Gastgarten" - die Absicht der Wiederholung bereits inkludiert ist, gerechtfertigt.

Für das Vorliegen von Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgründen hat für das Ermittlungsverfahren keine Anhaltspunkte erbracht.

Hinsichtlich der Strafbemessung wird erwogen:

Gemäß §19 Abs1 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.

Gemäß §19 Abs2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§40 bis 46 VStG) 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.

Nach §16 Abs1 VStG ist für den Fall, daß eine Geldstrafe verhängt wird, zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

Gemäß §16 Abs2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe androht ist und nichts anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf

§12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen.

Die Strafdrohung dient der Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften.

Es soll sichergestellt werden, daß ein konzessioniertes Gewerbe nur nach Rechtskraft eines dementsprechenden Konzessionerteilungsbescheides ausgeübt werden darf. Es soll dadurch bewirkt werden, daß sämtlichen Voraussetzungen für die Ausübung des betreffenden Gewerbes bereits vor der Gewerbeausübung sichergestellt sind. Im Hinblick auf die Kürze der Tatanlastung kann das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, als gering angesehen werden.

Es wird auch berücksichtigt, daß die Tat sonst keine nachteiligen Folgen nach sich gezogen hat.

Die Rechtsmittelwerberin ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der D Gesellschaft mbH, welche nach dem glaubwürdigen Vorbringen der Rechtsmittelwerberin derzeit ausschließlich Verluste notiert. Den Lebensunterhalt bestreitet sie von der Arbeitslosenunterstützung ihres Gatten oder werden die Lebenserhaltungskosten als Eigenverbrauch aus der GesmbH entnommen. Sie ist Hälfteigentümerin eines Einfamilienhauses und treffen sie keine Sorgepflichten.

Als erschwerend wird kein Umstand gewertet. Als mildernd hingegen wird die bisherige Unbescholtenheit der Rechtsmittelwerberin gewertet.

Die Rechtsmittelwerberin hat zumindest fahrlässig gehandelt.

Unter Einbeziehung all dieser Erwägungen gelangt die erkennende Behörde zu der Auffassung, daß die nunmehr festgesetzten Strafen dem Prinzip der "Schuld- und Tatangemessenheit" entsprechen.

Die Strafen sind einerseits notwendig, um die Rechtsmittelwerberin in Hinkunft zu gesetzeskonformen Verhalten zu veranlassen.

Die Strafen sind aber auch notwendig, um präsumtive Täter von der Begehung gleicher oder ähnlicher Tatstraftaten abzuhalten.

Wie die Vielzahl der bei der erkennenden Behörde anhängigen Verfahren zu dokumentieren vermag, ist unbefugte die Ausübung des Gastgewerbes sehr häufiges Delikt. Es würde keine Abschreckung für präsumtive Täter darstellen die komplizierten Gewerbeantrittsvoraussetzungen zu erbringen und die Rechtskraft eines Konzessionerteilungsbescheides abzuwarten, wenn sie im Falle der Betretung bei unbefugter Ausübung des Gastgewerbes mit noch niedrigeren Strafen rechnen könnten.

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at