

# TE UVS Wien 1995/05/11 04/G/35/145/95

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.05.1995

## **Betreff**

Der vom BW als Kundenservice verstandene Ausschank von Gratisgetränken ist insoferne mit seiner Tätigkeit als Videokassettenverleiher zweckverbunden und können diese beiden Tätigkeiten somit nicht voneinander getrennt betrachtet werden, als der im Rahmen des Betriebes des Gewerbes des Videokassettenverleihers vorgenommene Ausschank von Gratisgetränken letzten Endes der Erreichung des mit diesem Gewerbebetrieb verbundenen geschäftlichen Zieles dient. Da zudem der Ausschank von Gratisgetränken im Rahmen des Betriebes des Gewerbes des Videokassettenverleihers regelmäßig eines jeden wirtschaftlichen Sinnes entbehrt ist somit davon auszugehen, daß der BW durch den Ausschank von Gratisgetränken beabsichtigt hatte, Kunden anzulocken bzw Stammkunden zu gewinnen, um auf diese Weise eine Steigerung des Gewinnes des Videoverleihbetriebes zu erreichen und der BW somit die Absicht hatte, damit insgesamt einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

## **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch das Mitglied Mag Schwächter über die Berufung des Herrn Walter H gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1./8. Bezirk, vom 18.1.1995, ZI MBA 1/8 - S 27641/94, wegen einer Verwaltungsübertretung nach §366 Abs1 Z1 iVm §1 Abs2 GewO 1994, entschieden:

Gemäß §66 Abs4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, daß in der Tatumschreibung die Wortfolge "sowie an die, an den Münzspielapparaten spielenden Personen" entfällt.

Gemäß §64 Abs1 und 2 VStG wird dem Berufungswerber ein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe, das sind S 1.800,-, auferlegt.

## **Text**

Begründung:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber zur Last gelegt, er habe in Wien, L-berg, vom 1.11.1994 bis 25.11.1994, jeweils von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr, insoferne unbefugt ein Gastgewerbe ohne die hiefür erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, ausgeübt, als alkoholische und nichtalkoholische Getränke, nämlich Jägermeister, Whisky der Marke Johnnie Walker Red Label und Black Label, Marillenbrand, Williams Birnenbrand und Kaffee, welcher mittels Espressomaschine zubereitet worden sei, an Kunden der Videothek, sowie an die, an den Münzspielapparaten spielenden Personen laut Aushang im Geschäft: "Getränke kostenlos", gratis ausgeschenkt worden seien, obwohl der Ausschank der Getränke im Zusammenhang mit der Ausübung des Gewerbes "Videokassettenverleiher" stehe, wodurch vom Vorliegen einer mittelbaren Gewinnabsicht ausgegangen werden müsse.

Dadurch habe er §366 Abs1 Z1 iVm 1 Abs2 GewO 1994 verletzt, weswegen über ihn gemäß §366 Einleitungssatz GewO 1994 eine Geldstrafe von S 9.000,--, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 9 Tagen, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von S 900,-- auferlegt wurde. Dagegen richtet sich die vorliegende Berufung, in der der Berufungswerber im wesentlichen folgendes ausführt:

"Ich betreibe am Standort Wien, L-berg, das Gewerbe eines Videokassettenverleihers. Für dieses Gewerbe verfüge ich gem Bescheid vom 16.12.1994 Zahl MBA 1/8 - G-F-24219/94 über die notwendige Gewerbeberechtigung. Bei der Ausübung dieses Gewerbes werden auf Wunsch der im Geschäftslokal anwesenden Personen auch kostenlos Getränke ausgeschenkt. Die Behörde erblickt im kostenlosen Ausschank der Getränke die Ausübung eines Gastgewerbes. Der kostenlose Ausschank von Getränken im Rahmen meiner Gewerbeberechtigung ist jedoch gem §143 Z2 GewO 1994 kein gebundenes Gewerbe gem §124 Z9 GewO 1994. Gem §143 Z2 GewO 1994 ist die Verabreichung und der Ausschank von unentgeltlichen Kostproben im Rahmen der Gewerbeberechtigung kein Gastgewerbe. Ich möchte in diesem Zusammenhang auch darauf hinweisen, daß es bei einer Vielzahl von Dienstleistungsbetrieben durchaus üblich ist, Getränke kostenlos den Kunden zu verabreichen, ohne daß hierbei ein Gastgewerbe im Sinne des §142 GewO 1994 ausgeübt wird. Die Behörde unterstellt in ihrem Bescheid, daß der Ausschank der kostenlosen Getränke zu einem wirtschaftlichen Vorteil führt. Hierbei wird jedoch der wirtschaftliche Vorteil im Rahmen meines Gewerbes Videokassettenverleih und nicht im Rahmen des Ausschanks der Getränke erzielt. Die Behörde vermischt hier zwei verschiedene Tätigkeiten, welche jedoch isoliert zu betrachten sind."

Da der Berufungswerber in seiner Berufung lediglich eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet, konnte gemäß §51e Abs2 VStG von der Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

Gemäß §366 Abs1 Z1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die nach dem Einleitungssatz dieser Gesetzesbestimmung mit Geldstrafe bis zu S 50.000,-- zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Gemäß §1 Abs2 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; 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.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis; diese ist schon bei der Absicht gegeben, einen "sonstigen", insbesondere auch einem bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Ertragserzielungsabsicht liegt sohin auch vor, wenn eine Tätigkeit letzten Endes der Erreichung des mit dem Gewerbebetrieb geschäftlichen Zieles dient (vgl VwGH 13.6.1980, VwSlg 10160/A). Dies setzt die Zweckverbundenheit derartiger Handlungen mit einer gewerblichen Tätigkeit voraus, die in ihrer Gesamtheit in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (vgl VwGH 27.5.1983, VwSlg 11074/A).

Gemäß §142 Abs1 Z3 und Z4 GewO 1994 bedarf es für den Ausschank von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken und den Verkauf dieser Getränke in unverschlossenen Gefäßen einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§124 Z9).

Aufgrund der Aktenlage und dem Berufungsvorbringen steht fest, daß der Berufungswerber im Standort Wien, L-berg, zur Ausübung des Gewerbes des Videokassettenverleihers berechtigt ist und dort an die Kunden seiner Videothek laut Aushang im Geschäft: "Getränke kostenlos", die im Spruch angeführten Getränke gratis ausgeschenkt und diese Tätigkeit selbständig und regelmäßig ausgeübt hat. Insoweit der Berufungswerber durch die Verabreichung von alkoholischen und nichtalkoholischen Gratisgetränken an Kunden seiner Videothek die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils nicht zu erkennen vermag und die Auffassung vertritt, daß diese Tätigkeit und die Ausübung des Gewerbes des Videokassettenverleihers zwei voneinander getrennt zu betrachtende Tätigkeiten seien, ist ihm die oa Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten. Unter Bedachtnahme auf die genannte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist im vorliegenden Fall Ertragserzielungsabsicht deshalb als gegeben anzusehen, da der vom Berufungswerber als Kundenservice verstandene Ausschank von Gratisgetränken mit seiner Tätigkeit als Videokassettenverleiher insoferne zweckverbunden ist und diese beiden Tätigkeiten somit nicht voneinander getrennt betrachtet werden können, als der im Rahmen des Betriebes des Gewerbes des

Videokassettenverleihers vorgenommene Ausschank von Gratisgetränken letzten Endes der Erreichung des mit diesem Gewerbebetrieb verbundenen geschäftlichen Zieles dient. Da zudem der Ausschank von Gratisgetränken im Rahmen des Betriebes des Gewerbes des Videokassettenverleihers regelmäßig eines jeden wirtschaftlichen Sinnes entbehrt ist somit davon auszugehen, daß der Berufungswerber durch den Ausschank von Gratisgetränken beabsichtigt hatte, Kunden anzulocken bzw Stammkunden zu gewinnen, um auf diese Weise eine Steigerung des Gewinnes des Videoverleihbetriebes zu erreichen und der Berufungswerber somit die Absicht hatte, damit insgesamt einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen.

Insoweit der Berufungswerber die Auffassung vertritt, es handle sich beim im Rahmen des Betriebes des Gewerbes des Videokassettenverleihers vorgenommenen Ausschank von Gratisgetränken allenfalls um eine Tätigkeit gemäß §143 Z2 GewO 1994, so ist ihm entgegenzuhalten, daß nach dieser Bestimmung nur solche Waren als Kostproben verabreicht oder ausgedient werden dürfen, zu deren Verkauf der jeweilige Gewerbetreibende berechtigt ist.

Bei einer Verwaltungsübertretung nach §366 Abs1 Z1 GewO 1994 gehört zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr, sodaß es sich um ein Ungehorsamsdelikt handelt. In solchen Fällen ist gemäß §5 Abs1 VStG Fahrlässigkeit dann ohne weiters anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Da der Berufungswerber ein diesbezügliches Vorbringen nicht erstattet hat, war Fahrlässigkeit als erwiesen anzusehen.

Insoweit der Berufungswerber darauf hinweist, daß es bei einer Vielzahl von Dienstleistungsbetrieben durchaus üblich sei, Getränke kostenlos den Kunden zu verabreichen, ohne daß hierbei ein Gastgewerbe im Sinne des §142 GewO 1994 ausgeübt werde, ist er auf das bereits genannte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13.6.1980, VwSlg 10.160/A, hinzuweisen, in welchem zum Ausdruck gebracht worden ist, daß auch der im Rahmen eines Betriebes des Friseurgewerbes vorgenommene Ausschank von Getränken, soweit diese Tätigkeit im Sinne des §1 GewO 1973 gewerbsmäßig ausgeübt werde, der Konzessionspflicht nach §189 Abs1 GewO 1973 (nunmehr §142 Abs1 GewO 1994) unterliegt. Wenn der Berufungswerber weiters vorbringt, daß die Verabreichung von kostenlosen Speisen und Getränken im Rahmen einer Werksküche auch nicht zur Ausübung eines Gastgewerbes führe, obwohl auch hier ein wirtschaftlicher Vorteil in der zusätzlichen Entlohnung der Dienstnehmer und Bewirtung von Geschäftsfreunden erzielt werde, so ist diesem Vorbringen entgegenzuhalten, daß es sich in diesem Fall um ein Arbeits- bzw Dienstverhältnis handelt und die Verabreichung von Speisen und der Ausschank von Getränken im Rahmen einer Werksküche zum Selbstkostenpreis als Bestandteil des Arbeitsentgeltes zu qualifizieren sind und es sich somit nicht um einen Ausschank von Getränken im Rahmen einer der Gewerbeordnung unterliegenden Tätigkeit handelt.

Zur Strafbemessung:

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 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-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Jede unbefugte Ausübung eines Gewerbes, dh jede Ausübung eines solchen, ohne im Besitz der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung zu sein, schädigt in nicht unerheblichem Maße das an der ordnungsgemäßen Gewerbeausübung bestehende öffentliche Interesse, dem die Strafdrohung dient. Der objektive Unrechtsgehalt war daher im gegenständlichen Falle, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht als gering anzusehen. Daß die Einhaltung der verletzten Rechtsvorschrift vom Berufungswerber eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Verwirklichung des hergestellten Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist weder hervorgekommen noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen, sodaß das Verschulden des Berufungswerbers nicht als geringfügig angesehen werden kann.

Dem Berufungswerber fällt zwar kein Erschwerungsgrund zur Last, doch kommt ihm auch der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht mehr zu Gute. Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe, den bis S 50.000,-- reichenden Strafraumen sowie unter Berücksichtigung der im

Berufungsverfahren bekanntgegebenen durchschnittlichen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse, ist die verhängte Geldstrafe angemessen und keineswegs zu hoch, zumal besondere Milderungsgründe im Verfahren nicht hervorgetreten sind. Da das Halten von Geldspielautomaten durch das Veranstaltungsrecht geregelt wird, daß in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache ist, und somit nicht Gegenstand eines Gewerbes sein kann, konnte die darauf bezugnehmende Wortfolge der Tatumschreibung im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses entfallen.

**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)