

TE Vwgh Erkenntnis 2011/5/12 2010/04/0013

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.05.2011

Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1994 §111 Abs1 Z2;

GewO 1994 §366 Abs1 Z1;

VStG §5 Abs1;

1. GewO 1994 § 111 heute
2. GewO 1994 § 111 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 111 gültig von 01.08.2013 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2013
4. GewO 1994 § 111 gültig von 29.05.2013 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
5. GewO 1994 § 111 gültig von 27.02.2008 bis 28.05.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
6. GewO 1994 § 111 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
7. GewO 1994 § 111 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
8. GewO 1994 § 111 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 366 heute
2. GewO 1994 § 366 gültig ab 28.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 204/2022
3. GewO 1994 § 366 gültig von 01.10.2018 bis 27.04.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
4. GewO 1994 § 366 gültig von 01.05.2018 bis 30.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
5. GewO 1994 § 366 gültig von 29.03.2016 bis 30.04.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
6. GewO 1994 § 366 gültig von 10.07.2015 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2015
7. GewO 1994 § 366 gültig von 27.03.2015 bis 09.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
8. GewO 1994 § 366 gültig von 14.09.2012 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
9. GewO 1994 § 366 gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
10. GewO 1994 § 366 gültig von 16.06.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2010
11. GewO 1994 § 366 gültig von 27.02.2008 bis 15.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
12. GewO 1994 § 366 gültig von 15.01.2005 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
13. GewO 1994 § 366 gültig von 01.12.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
14. GewO 1994 § 366 gültig von 01.01.2002 bis 30.11.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2001
15. GewO 1994 § 366 gültig von 01.09.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
16. GewO 1994 § 366 gültig von 11.08.2000 bis 31.08.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2000
17. GewO 1994 § 366 gültig von 19.03.1994 bis 10.08.2000

1. VStG § 5 heute
2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Grünstäudl und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des X in Y, vertreten durch die Appiano & Kramer Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bösendorferstraße 7, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 10. Dezember 2009, Zl. UVS- 04/G/24/4020/2009-3, betreffend Übertretung der GewO 1994, zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Grünstäudl und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde des römisch zehn in Y, vertreten durch die Appiano & Kramer Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bösendorferstraße 7, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 10. Dezember 2009, Zl. UVS- 04/G/24/4020/2009-3, betreffend Übertretung der GewO 1994, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 10. Dezember 2009 wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer - und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ - der E. GmbH zu verantworten, dass diese Gesellschaft am 4. März 2008 von 11.30 Uhr bis 12.15 Uhr in Y im Rahmen eines Krankenhausbetriebes im Erdgeschoß das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Cafeteria gewerbsmäßig - also in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt sei - betrieben und dadurch das Gastgewerbe ausgeübt habe, ohne dazu gewerbeberechtigt gewesen zu sein. In diesem Gastrobereich würden Getränke und Speisen (z.B. Wiener Frühstück um EUR 4,10, kleiner Mokka oder Brauner um EUR 1,60, eine Portion Früchtetee um EUR 2,30, ein Stück Sachertorte um EUR 2,50 oder ein Paar Frankfurter mit Senf und Gebäck um EUR 2,60) je nach Bedarf an Krankenhauspersonal und Patienten und auch an Krankenhausgäste verabreicht.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 366 Abs. 1 Z. 1 Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 verletzt, weshalb über ihn eine Geldstrafe in Höhe von EUR 510,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen und 15 Stunden) verhängt wurde. Der Beschwerdeführer habe dadurch Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 verletzt, weshalb über ihn eine Geldstrafe in Höhe von EUR 510,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen und 15 Stunden) verhängt wurde.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, während der Öffnungszeiten der Cafeteria (montags bis freitags von 8.30 Uhr bis 19.30 Uhr, an Samstagen, Sonn- und Feiertagen von 10.00 Uhr bis 19.30 Uhr) hätten auch krankenhaushausfremde Personen Zutritt zum Gastrobereich und könnten das Angebot nutzen; die Abgabe von Speisen und Getränken erfolge an jede Person ohne Nachfragen, in welcher Beziehung diese zur Krankenanstalt stehe. In Hinblick auf die Öffnungszeiten von täglich mindestens 9 1/2 Stunden seien ständig drei Arbeitnehmer ausschließlich für die Cafeteria beschäftigt.

Zum Gastrobereich gehörten zwei Räume für Konsumierende, ein Vorbereitungsraum, in dem die Getränke und kleinen Speisen für die Gäste zubereitet würden, sowie ein Lager, in welchem sich auch ein Geschirrspüler befände. Diese räumliche Ausgestaltung entspreche nicht mehr dem (vom Beschwerdeführer) angezogenen Bewilligungsbescheid "des Landeshauptmanns von Wien" nach dem Wiener Krankenanstaltengesetz aus dem Jahr 1991, in welchem lediglich eine große Wartezone mit Gang und Getränkeausgabe (rund 263 m²) sowie ein Abstellraum mit rund 8 m² ausgewiesen seien. Die zur Cafeteria gehörenden Räume seien weitgehend von der Krankenhausküche hinsichtlich der praktisch-wirtschaftlichen Organisation in Bezug auf Lagermöglichkeit, Zubereitung und Reinigung unabhängig und räumlich abgegrenzt.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, es liege eine selbständig ausgeübte Tätigkeit

vor, weil die E. GmbH das Unternehmerrisiko trage, indem sie die Cafeteria auf eigene Rechnung und Gefahr betreibe, wobei das Ziel einer betriebswirtschaftlich rentablen Führung der Krankenanstalt, in welcher die Cafeteria situiert sei, im Vordergrund stehe.

Die Gewerbsmäßigkeit des Cafeteriabetriebes bejahte die belangte Behörde unter anderem mit der Ausführung, der wirtschaftliche Vorteil aus diesem Betrieb für die E. GmbH bestehe darin, dass damit mehr Sonderklassepatienten für die Krankenanstalt gewonnen werden könnten und so das Unternehmerrisiko geringer werde bzw. die Kosten des Krankenhausbetriebes gedeckt werden könnten und allenfalls ein Gewinn erwirtschaftet werden könne. Voraussetzung für die Gewinnung von Sonderklassepatienten sei der Abschluss entsprechender Behandlungsverträge mit Versicherungen, welche wiederum als Bedingung eine Versorgung der Patienten der Sonderklasse und ihrer Besucher mit Verköstigungsleistungen vorsähen; dabei werde eine Cafeteria zu den "variablen Muss-Kriterien" gezählt.

Zum Verschulden verwies die belangte Behörde darauf, dass es sich bei der vorliegenden Übertretung der GewO 1994 um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG handle, der Beschwerdeführer aber nicht glaubhaft gemacht habe, dass ihn an der vorliegenden Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe; insbesondere könne ihn das Vorbringen, er sei der vertretbaren Rechtsansicht gewesen, mit der Genehmigung der Krankenanstalt sei auch die Cafeteria gewerberechtlich bewilligt, nicht entlasten. Aus dem Bewilligungsbescheid gehe nämlich in keiner Weise eine gewerberechtliche Genehmigung hervor. Zum Verschulden verwies die belangte Behörde darauf, dass es sich bei der vorliegenden Übertretung der GewO 1994 um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG handle, der Beschwerdeführer aber nicht glaubhaft gemacht habe, dass ihn an der vorliegenden Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe; insbesondere könne ihn das Vorbringen, er sei der vertretbaren Rechtsansicht gewesen, mit der Genehmigung der Krankenanstalt sei auch die Cafeteria gewerberechtlich bewilligt, nicht entlasten. Aus dem Bewilligungsbescheid gehe nämlich in keiner Weise eine gewerberechtliche Genehmigung hervor.

Schließlich traf die belangte Behörde Ausführungen zu der vorgenommenen Strafbemessung.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, vorrangiges Ziel der gänzlich in den Betrieb des Krankenhauses eingegliederten Cafeteria sei die betriebswirtschaftlich rentable Führung der Krankenanstalt; es fehle daher an der Selbständigkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 GewO 1994, zumal keine Rechnungen im eigenen Namen ausgestellt würden. 1. Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, vorrangiges Ziel der gänzlich in den Betrieb des Krankenhauses eingegliederten Cafeteria sei die betriebswirtschaftlich rentable Führung der Krankenanstalt; es fehle daher an der Selbständigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, GewO 1994, zumal keine Rechnungen im eigenen Namen ausgestellt würden.

Weiters bestehe keine Absicht, durch den Betrieb der Cafeteria irgendeinen Gewinn zu erzielen, was schon aus dem überaus niedrigen Preisniveau ableitbar sei. Zwar entspreche die Einrichtung einer Cafeteria einem sogenannten Musskriterium, um dem Anforderungsprofil des Versicherungsverbandes hinsichtlich der Sonderklassepatienten zu entsprechen. Der Umstand, dass im Fall der Behandlungsmöglichkeit von Sonderklassepatienten in weiterer Folge dem Krankenhausträger eine günstigere Führung des Krankenhauses ermöglicht werde, vermöge jedoch keine Ertragserzielungsabsicht in Bezug auf die Cafeteria zu begründen. Der von der belangten Behörde ins Treffen geführte wirtschaftliche Vorteil werde ja nicht durch den Betrieb der Cafeteria selbst, sondern erst am Ende einer langen Kette im Sinne einer "Umwegrentabilität" durch die Anziehung von Sonderklassepatienten, qualifizierten Ärzten etc. erzielt.

Darüber hinaus fehle eine äußere Kennzeichnung bzw. Geschäftsbezeichnung der Cafeteria, welche "Wesensmerkmal eines gewerblichen Kaffeehausbetriebes" sei.

Da die "Ausgabe von Getränken und Speisen im fraglichen Bereich an Patienten" bereits Gegenstand der dem Krankenhausbetrieb zugrunde liegenden Betriebsbewilligung mit Bescheid (der Wiener Landesregierung gemäß § 7 Abs. 2 des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987) vom 14. Mai 1990 gewesen sei, habe der Beschwerdeführer davon ausgehen können, dass mit der Genehmigung der Krankenanstalt auch die Cafeteria "voll umfassend mitbewilligt"

worden sei. Da die "Ausgabe von Getränken und Speisen im fraglichen Bereich an Patienten" bereits Gegenstand der dem Krankenhausbetrieb zugrunde liegenden Betriebsbewilligung mit Bescheid (der Wiener Landesregierung gemäß Paragraph 7, Absatz 2, des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987) vom 14. Mai 1990 gewesen sei, habe der Beschwerdeführer davon ausgehen können, dass mit der Genehmigung der Krankenanstalt auch die Cafeteria "voll umfassend mitbewilligt" worden sei.

Schließlich sei auf Grund unrichtiger Rechtsansicht der belangten Behörde jegliches Verfahren mit Blick auf § 37 Abs. 1 GewO 1994 unterblieben. Schließlich sei auf Grund unrichtiger Rechtsansicht der belangten Behörde jegliches Verfahren mit Blick auf Paragraph 37, Absatz eins, GewO 1994 unterblieben.

2. Gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3600 EUR zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben. 2. Gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 3600 EUR zu bestrafen ist, wer ein Gewerbe ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

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

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. Gemäß Paragraph eins, Absatz 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.

Selbständigkeit im Sinn der GewO 1994 liegt nach deren § 1 Abs. 3 vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird. Selbständigkeit im Sinn der GewO 1994 liegt nach deren Paragraph eins, Absatz 3, vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.

3. Die Beschwerde wendet sich unter anderem gegen die dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegende Annahme der Selbständigkeit in diesem Sinn und verweist dazu auf die Eingliederung der Cafeteria in den Betrieb des Krankenhauses und darauf, dass diese keine Rechnungen im eigenen Namen ausstelle.

Die Frage, ob im Einzelfall ein selbständiges Unternehmen vorliegt, ist nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu beurteilen, wobei eine gewerbliche Tätigkeit jener Person oder Personenmehrheit zuzurechnen ist, auf deren Seite die gesetzlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 und 3 GewO 1994 verwirklicht erscheinen (vgl. etwa die Nachweise aus der hg. Rechtsprechung bei Gruber/Pallege-Barfuß, GewO 7 § 1 Anm. 63). In diesem Zusammenhang ist auch die weitere Frage, wer das mit der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko auf sich nimmt - ein Selbständigkeitsmerkmal, das durch den in seinem Zusammenhang zu verstehenden Wortlaut "Rechnung und Gefahr" in § 1 Abs. 3 GewO 1994 umschrieben wird - auf Grund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit darstellt (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 15. September 1999, Zl. 98/04/0104, sowie vom 6. November 1995, Zl. 94/04/0107, jeweils mwN). Die Frage, ob im Einzelfall ein selbständiges Unternehmen vorliegt, ist nach dem Gesamtbild der festgestellten wirtschaftlichen Momente zu beurteilen, wobei eine gewerbliche Tätigkeit jener Person oder Personenmehrheit zuzurechnen ist, auf deren Seite die gesetzlichen Voraussetzungen des

Paragraph eins, Absatz 2 und 3 GewO 1994 verwirklicht erscheinen vergleiche , etwa die Nachweise aus der hg. Rechtsprechung bei Gruber/Pallege-Barfuß, GewO7 Paragraph eins, Anmerkung 63,). In diesem Zusammenhang ist auch die weitere Frage, wer das mit der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko auf sich nimmt - ein Selbstständigkeitsmerkmal, das durch den in seinem Zusammenhang zu verstehenden Wortlaut "Rechnung und Gefahr" in Paragraph eins, Absatz 3, GewO 1994 umschrieben wird - auf Grund der wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit darstellt vergleiche , etwa die hg. Erkenntnisse vom 15. September 1999, Zl. 98/04/0104, sowie vom 6. November 1995, Zl. 94/04/0107, jeweils mwN).

Somit ist der Wortlaut "Rechnung und Gefahr" (§ 1 Abs. 3 GewO 1994) in seinem Zusammenhalt zu verstehen und umschreibt das Selbstständigkeitsmerkmal der Tragung des unternehmerischen Risikos, das immer auch ein Tätigsein des Gewerbetreibenden auf eigene Rechnung miteinfasst (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO2 § 19 Rz 19 mit Nachweisen aus der hg. Rechtsprechung). Somit ist der Wortlaut "Rechnung und Gefahr" (Paragraph eins, Absatz 3, GewO 1994) in seinem Zusammenhalt zu verstehen und umschreibt das Selbstständigkeitsmerkmal der Tragung des unternehmerischen Risikos, das immer auch ein Tätigsein des Gewerbetreibenden auf eigene Rechnung miteinfasst vergleiche , Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO2 Paragraph 19, Rz 19 mit Nachweisen aus der hg. Rechtsprechung).

Bei Betrachtung der wirtschaftlichen Gegebenheiten im vorliegenden Fall kann es nun keinem Zweifel unterliegen, dass die

E. GmbH - welche auch nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers die Cafeteria auf eigene Rechnung betreibt - das unternehmerische Risiko für deren Betrieb trägt, sodass Selbstständigkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 GewO 1994 vorliegt. E. GmbH - welche auch nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers die Cafeteria auf eigene Rechnung betreibt - das unternehmerische Risiko für deren Betrieb trägt, sodass Selbstständigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, GewO 1994 vorliegt.

4. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung mangelt es auch nicht an den übrigen Elementen der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1994: Zwischen den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unstrittig ist zunächst die Regelmäßigkeit des Betriebs der Cafeteria. 4. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung mangelt es auch nicht an den übrigen Elementen der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994: Zwischen den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unstrittig ist zunächst die Regelmäßigkeit des Betriebs der Cafeteria.

Soweit die Beschwerde hervorhebt, es bestehe keine Ertragserzielungsabsicht in Bezug auf die Cafeteria, ist dem mit der hg. Rechtsprechung zu erwidern, dass die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis ist; diese ist schon bei der Absicht gegeben, einen "sonstigen", insbesondere auch einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 13. Oktober 1993, Zl. 92/03/0054, mwN). Soweit die Beschwerde hervorhebt, es bestehe keine Ertragserzielungsabsicht in Bezug auf die Cafeteria, ist dem mit der hg. Rechtsprechung zu erwidern, dass die Erzielung eines unmittelbaren Ertrages für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essentielles Erfordernis ist; diese ist schon bei der Absicht gegeben, einen "sonstigen", insbesondere auch einen bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 13. Oktober 1993, Zl. 92/03/0054, mwN).

Gerade diese Absicht liegt hier vor, weist doch der Beschwerdeführer selbst ausdrücklich darauf hin, dass das Anbieten einer Cafeteria durch die E. GmbH einer Anforderung des Versicherungsverbandes hinsichtlich der Sonderklassepatienten entspricht und die Behandlung möglichst vieler Sonderklassepatienten die betriebswirtschaftlich günstige Führung eines Krankenhauses ermöglicht.

Die belangte Behörde ist somit zu Recht von Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1994 ausgegangen und hat angesichts des unstrittigen Umstands, dass die E. GmbH über keine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (§ 94 Z. 26 GewO 1994) verfügt, zutreffend den Tatbestand des § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 bejaht. Die belangte Behörde ist somit zu Recht von Gewerbsmäßigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, GewO 1994 ausgegangen und hat angesichts des unstrittigen Umstands, dass die E. GmbH über keine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe (Paragraph 94, Ziffer 26, GewO 1994) verfügt, zutreffend den Tatbestand des Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 bejaht.

Auf die fehlende äußere Geschäftsbezeichnung der Cafeteria (Schild oder dergleichen) kommt es in diesem

Zusammenhang nicht an.

5. Soweit der Beschwerdeführer sein Verschulden unter Hinweis auf den Bewilligungsbescheid der Wiener Landesregierung vom 14. Mai 1990 bestreitet, führt dies schon deshalb nicht zum Erfolg, weil aus jenem auf § 7 Abs. 2 des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987 gestützten Bescheid eine gewerberechtliche Berechtigung zum Betrieb einer Cafeteria nicht ableitbar ist. 5. Soweit der Beschwerdeführer sein Verschulden unter Hinweis auf den Bewilligungsbescheid der Wiener Landesregierung vom 14. Mai 1990 bestreitet, führt dies schon deshalb nicht zum Erfolg, weil aus jenem auf Paragraph 7, Absatz 2, des Wiener Krankenanstaltengesetzes 1987 gestützten Bescheid eine gewerberechtliche Berechtigung zum Betrieb einer Cafeteria nicht ableitbar ist.

Bei der Verwaltungsübertretung der unbefugten Gewerbeausübung nach § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs. 1 VStG, sodass es nach der hg. Rechtsprechung Sache des Beschwerdeführers wäre, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. die Nachweise bei Gruber/Paliego-Barfuß, GewO § 366 Anm. 53); dies ist mit dem Beschwerdevorbringen, das auch auf die Zahlung von Getränkesteuer an den Rechtsträger der Behörde erster Instanz (und damit auf die Kenntnis der Gewerbebehörde von der Ausübung des ggstdl. Gewerbes) hinweist, allerdings nicht gelungen. Bei der Verwaltungsübertretung der unbefugten Gewerbeausübung nach Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd Paragraph 5, Absatz eins, VStG, sodass es nach der hg. Rechtsprechung Sache des Beschwerdeführers wäre, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft vergleiche , die Nachweise bei Gruber/Paliego-Barfuß, GewO Paragraph 366, Anmerkung 53,); dies ist mit dem Beschwerdevorbringen, das auch auf die Zahlung von Getränkesteuer an den Rechtsträger der Behörde erster Instanz (und damit auf die Kenntnis der Gewerbebehörde von der Ausübung des ggstdl. Gewerbes) hinweist, allerdings nicht gelungen.

6. Zu einer Prüfung mit Blick auf § 37 Abs. 1 GewO 1994 (der erst nach dem Tatzeitpunkt durch BGBl. I Nr. 111/2010 aufgehoben wurde) war die belangte Behörde nicht verhalten, weil die E. GmbH unstrittig nicht Gewerbetreibende im Sinne dieser Bestimmung ist. 6. Zu einer Prüfung mit Blick auf Paragraph 37, Absatz eins, GewO 1994 (der erst nach dem Tatzeitpunkt durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 111 aus 2010, aufgehoben wurde) war die belangte Behörde nicht verhalten, weil die E. GmbH unstrittig nicht Gewerbetreibende im Sinne dieser Bestimmung ist.

7. In ihrer Verfahrensrüge beanstandet die Beschwerde, dass die belangte Behörde drei im Verwaltungsstrafverfahren beantragte Zeugen nicht vernommen habe, führt allerdings nicht aus, welches weitere Tatsachensubstrat die Befragung jener Zeugen ergeben hätte; damit tut die Beschwerde die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht einmal ansatzweise dar (§ 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG). Im Übrigen hat die belangte Behörde ihrer Entscheidung das Tatsachenvorbringen in der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 28. August 2008, welche auch die erwähnten Beweisanträge umfasste, ohnehin zugrunde gelegt. 7. In ihrer Verfahrensrüge beanstandet die Beschwerde, dass die belangte Behörde drei im Verwaltungsstrafverfahren beantragte Zeugen nicht vernommen habe, führt allerdings nicht aus, welches weitere Tatsachensubstrat die Befragung jener Zeugen ergeben hätte; damit tut die Beschwerde die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht einmal ansatzweise dar (Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera c, VwGG). Im Übrigen hat die belangte Behörde ihrer Entscheidung das Tatsachenvorbringen in der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 28. August 2008, welche auch die erwähnten Beweisanträge umfasste, ohnehin zugrunde gelegt.

8. Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 8. Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

9. Von der vom Beschwerdeführer beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden; der Aufforderung des Art. 6 EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 2010, Zl. 2007/09/0267, mwN). 9. Von der vom Beschwerdeführer beantragten Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden; der Aufforderung des Artikel 6, EMRK wurde durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 2010, Zl. 2007/09/0267, mwN).

10. Die Entscheidung über den Aufwandsatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. 10. Die Entscheidung über den Aufwandsatz stützt sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 12. Mai 2011

Schlagworte

Andere Einzelfragen in besonderen Rechtsgebieten Gewerberecht

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2010040013.X00

Im RIS seit

06.06.2011

Zuletzt aktualisiert am

11.08.2011

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at